

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES EXCEPTIONS OPPOSABLES

A L'EXERCICE DU DROIT DE SUITE

DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

Pierre ENLART de GUÉMY



DOUAI

IMPRIMERIE DELARRA, RUE SAINT-JACQUES, 28

1902

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES EXCEPTIONS OPPOSABLES

A L'EXERCICE DU DROIT DE SUITE

DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

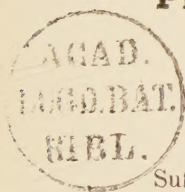
THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon
le Jeudi 22 Mai 1902, à une heure et demie*

PAR

Pierre ENLART de GUÉMY



Président : M. LOUIS-LUCAS, *Professeur.*

Suffragants :

{ MM. DESSERTAUX, *Professeur.*

TISSIER, *Professeur.*

DOUAI

IMPRIMERIE DELARRA, RUE SAINT-JACQUES, 28

—
1902

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

des Ouvrages et Travaux les plus fréquemment consultés

- Accarias.** Précis de Droit romain, 4^m édition, 2 volumes.
- Aubry et Rau.** Cours de Droit civil français.
Tome III. 5^e édition, *revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence*, par MM. G. Rau et Ch. Falcimaigne avec la collaboration de M. Gault.
Tome IV et VI. 4^e édition.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** Traité théorique et pratique de Droit civil. *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3 volumes, 1896.
- Baudry-Lacantinerie et Wahl.** Traité théorique et pratique de Droit civil. *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 1899.
- Colmet de Santerre.** Cours analytique de Code civil par A.-M. Demante, continué depuis l'article 980 par — Tomes VII et IX.
- Dalloz.** Répertoire et Supplément au répertoire, v^o *Privilèges et Hypothèques, Cautionnement, Garantie*.
Recueil d'arrêts.
- Demolombe.** Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général. Tome II.
Traité des Successions. Tome V, 4^e édition.
- Dumoulin.** Tractatio de dividuo et individuo.
- Dupret.** *De l'exception cedendarum actionum en matière d'hypothèque*.
Revue Fœlix 1845. Tome II.
- Eyssautier.** *Nature de l'obligation de garantie*. Revue critique 1857. Tome XI.
- Fuzier-Herman.** Répertoire général alphabétique du Droit français, v^o *Hypothèque, Cautionnement*.
Code civil annoté.
- Gazette des Tribunaux.
- Girard P. F.** Manuel de Droit romain. 2^e édition.
- Grivel.** *Des améliorations créées par le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué au cas où il est dépossédé*. Revue pratique 1877, tome XLIII.
- Guillouard.** Traité des Privilèges et Hypothèques, 2^e édition, 4 volumes.
Traité du Droit de Rétention, 2^e édition.

- Huc.** Commentaire théorique et pratique du Droit civil.
Tome VII. *Contrats et Obligations*, 1894.
— X. *Vente*, 1897.
— XIII. *Privilèges et hypothèques*, 1900.
- Jourdan.** De l'Hypothèque.
Journal du Palais.
- Larombière.** Théorie et pratique des obligations.
- Laurent.** Principes de Droit civil français, 2^e édition. Tomes XVIII, XXIV, XXIX, XXXI.
- Loyseau.** Traité du déguerpissement et délaissement par hypothèque.
- Mérignhac.** *Etude sur la nature de la garantie*. France judiciaire 1881-82.
- Merlin.** Répertoire de Jurisprudence, v^o *Tiers délateur*.
- Moreau.** *Quelques mots sur le fondement de l'exception de garantie*.
Revue critique 1887, tome XVI.
- Mourlon.** Examen du Commentaire de M. Troplong sur les Privilèges.
Traité théorique et pratique des subrogations personnelles.
- Pandectes françaises.** Répertoire, v^o *Améliorations, Privilèges et Hypothèques*.
Recueil d'arrêts.
- Planiol.** Traité élémentaire de Droit civil, 2^e édition, 3 volumes.
- Pont.** Explication théorique et pratique du Code civil, 2^e édition.
Tome IX. *Commentaire-traité des petits contrats. Cautionnement, etc.*, (tome II).
Tomes X et XI. *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques*, (tomes I et II).
- Pothier.** Edition Bugnet.
Tome I. Introduction au titre XX de la coutume d'Orléans.
Tome II. Traité des obligations.
Tome III. Traité de la vente.
Tome IX. Traité de l'hypothèque.
- Rodière.** De la solidarité et de l'indivisibilité.
- Sirey.** Recueil d'arrêts.
- Théizard.** Du nantissement, des privilèges et hypothèques. 1880.
- Troplong.** Des privilèges et hypothèques, 4 volumes.
Du cautionnement.
-

INTRODUCTION

Si le droit de préférence peut être considéré comme l'essence même de l'hypothèque, il n'en est pas moins vrai que celle-ci n'a toute sa force et toute son étendue que par le droit de suite : grâce à lui en effet, il est permis au créancier d'obtenir dans un patrimoine étranger à l'obligation personnelle du débiteur le même résultat que si l'immeuble était resté dans le patrimoine de celui-ci. Il n'est, en un mot, que le droit de préférence affectant le bien hypothéqué entre les mains d'un tiers non obligé à la dette.

Cela ne veut pas dire cependant que contre un tel possesseur, l'hypothèque s'exerce dans les mêmes conditions que contre le débiteur lui-même, et en particulier qu'elle ne rencontre d'autres obstacles que ceux que pourrait lui opposer ce dernier ; l'exposé de l'exercice du droit de suite aux différentes époques de l'histoire du droit, va au contraire nous donner l'occasion de signaler les différences qui, à ce point de vue, ont existé et qui existent encore dans les deux hypothèses.

Un texte de Marcien rapporté au Digeste (20, 1,

De pign. et hyp. §. 1.) dit que entre le gage et l'hypothèque il n'y a qu'une différence de mots « *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* » Sous une apparence exagérée, cette formule contient une part de vérité quant à la nature du droit réel d'hypothèque dans la législation romaine. La création des actions servienne et quasi-servienne ou hypothécaire ne correspondit pas en effet à celle d'un droit nouveau, différent du *pignus* par son essence ; elle eut seulement pour objet de mettre cette dernière institution en rapport avec les besoins des débiteurs, tout en respectant les droits des créanciers. La sûreté que le gage offrait à ceux-ci consistait dans la possession de la chose engagée, possession qui, au début, n'était pour eux que le moyen indirect de se faire payer par les débiteurs et par les autres créanciers intéressés au maintien de l'objet dans le patrimoine de son propriétaire, mais qui, dans la suite, lorsque le *jus distrahendi* fut devenu progressivement un effet naturel, puis essentiel du gage, les mettait à même de retrouver leur paiement dans le prix de la chose. Cette possession n'était donc guère utile au créancier qu'à l'échéance de la dette, tandis qu'au contraire il était de l'intérêt du débiteur de conserver la disposition de son bien dans l'intervalle de temps qui séparait la constitution du gage de l'échéance, soit pour en user d'après sa destination naturelle, soit pour en retirer un prix en le négociant, soit pour s'en servir

d'instrument de crédit à l'égard de nouveaux créanciers. Il était facile de concilier ces deux intérêts en assurant au créancier la possession de cet objet à l'échéance de la dette, et même avant cette échéance, toutes les fois que le créancier jugerait son gage en péril (1). Ce fut là précisément le rôle de l'action hypothécaire, dans laquelle le demandeur conclut à ce que la possession de chose lui soit donnée. (Loi 66 *princip. de evict.*, XXI, 2 — Loi 10, *de pignor.*, XX, 1. — Loi 3, *Code de pignor.*, VIII, 14.).

Dirigée contre le débiteur de la dette, ou en vertu du droit de suite contre un tiers détenteur de l'objet hypothéqué, l'action hypothécaire romaine apparaît donc comme une sorte de *pignoris vindicatio*, de revendication de cet objet sur le fondement d'un droit de gage.

La formule arbitraire et rédigée *in factum* prescrit au juge de condamner le défendeur à moins qu'il ne satisfasse le demandeur. Sur la preuve faite par ce dernier de la légitimité de son instance, le défendeur se trouvera en face de l'alternative suivante : ou se conformer à l'*arbitratus* du juge en restituant la chose ou en usant de la faculté qui lui est laissée de payer la dette (*Inst.* 31. *De act.*), ou subir une condamnation pécuniaire. Celle-ci

(1) La formule de l'action hypothécaire ne faisait pas mention de l'exigibilité de la dette comme condition de l'action, et des textes positifs autorisent le créancier à agir avant l'échéance. Loi 14 pr. *Depign.* XX. 1. V. — Loi 13, § 5, *De pign.* XX 1.

lorsque le défendeur sera le débiteur lui-même, se confondra avec le second terme de l'*arbitratus*, car elle sera égale au montant de la dette ; lorsqu'au contraire le créancier agira en vertu du droit de suite, elle pourra, suivant l'intérêt du créancier, s'élever jusqu'à la valeur même de la chose. (Loi 21, § 3. *De pign. et hyp.* — Loi 16, § 6, *De pign.* XX, 1).

Enfin, dans le dernier état du droit classique, quand fut admis d'une façon générale pour le demandeur à une action réelle, le droit d'obtenir l'exécution de la sentence par la force toutes les fois qu'il le voulait et que cela lui était possible, nous voyons le résultat de l'action hypothécaire rendu plus adéquat à son objet, le nantissement du créancier.

Ce nantissement, avons-nous dit, était utile à celui-ci pour l'exercice du *jus distrahendi* ; dans notre ancien droit français, on reconnut bientôt l'inconvénient de laisser le créancier maître de vendre le bien sous la forme qu'il lui plaisait de choisir, et la nécessité s'imposa d'une réglementation qui permit de sauvegarder les droits du débiteur et des autres créanciers : il fut décidé que la vente de l'immeuble hypothéqué ne pourrait plus avoir lieu que par décret et après les formalités de la saisie.

Ces formalités, le créancier put les exercer directement contre celui à l'égard duquel il avait un titre exécutoire, le débiteur ordinairement, et en d'autres termes,

passer tout de suite aux actes d'exécution sans être obligé d'intenter une action en justice. Le délaissement, qui dans la période de droit précédente était le but essentiel et direct de la poursuite hypothécaire, devint inutile dans leurs rapports.

Son utilité fut restreinte dans les rapports du créancier avec le détenteur de l'immeuble hypothéqué contre lequel il n'existait aucun titre exécutoire, c'est-à-dire presque exclusivement dans le cas d'exercice du droit de suite. Un jugement seul pouvait mettre le créancier à même de pratiquer la saisie ; ce jugement intervenait à la suite d'une instance en justice, et, comme dans le dernier état du droit romain, avait pour effet de condamner le défendeur à délaisser l'héritage.

Ces deux situations sont bien mises en relief par Pothier dans deux passages de son traité des hypothèques : « Lorsque, dit-il au n° 66, la chose hypothéquée est en la possession du débiteur, et que le créancier outre son droit d'hypothèque, a contre son débiteur un titre exécutoire, il peut, après avoir mis en demeure le débiteur, saisir réellement l'héritage hypothéqué et en poursuivre la vente judiciaire ». Et pour l'étude de l'action hypothécaire ainsi exercée, il renvoie à l'étude de la saisie réelle dans son traité de la procédure ; au contraire, plus loin il s'exprime ainsi en visant l'exercice du droit de suite : « Lorsque la chose hypothéquée

n'est pas en la possession du débiteur, mais d'un tiers, le créancier ne la peut saisir sur ce tiers, qui n'est ni son obligé ni son condamné ; il n'a que la voie d'action pour la lui faire délaisser, et après le délais fait, le créancier la saisira sur un curateur qu'il fera établir au délais.»

La situation du tiers détenteur dans cette période était donc sensiblement la même qu'en droit romain, puisque l'objet de la poursuite restait le même ; il avait par conséquent à choisir entre le délaissement volontaire, le délaissement forcé et le paiement de la dette, à moins qu'il n'eût recours aux moyens qui, d'abord sous le nom de décrets volontaires, et depuis 1771, de lettres de ratification, ont précédé l'institution de notre moderne purge.

Dans le droit actuel, l'exercice de l'hypothèque ne donne plus lieu en aucun cas à une instance judiciaire ayant pour objet de faire condamner le détenteur au délaissement de l'immeuble. La poursuite, dès ses débuts, prend les allures d'un acte d'exécution, d'une saisie immobilière. Dans les rapports des créanciers avec le débiteur, cette procédure n'est que la suite des errements que nous avons vu pratiqués dans l'ancien droit : le créancier qui veut exercer son hypothèque sur un immeuble détenu par son débiteur, n'aura donc qu'à se conformer aux formalités des articles 673 et suivants du Code de procédure civile, tout comme un simple créancier chirographaire.

Dans les rapports du créancier avec le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, étranger à l'obligation personnelle, le procédé est au contraire nouveau, car il est le résultat du régime de publicité des hypothèques. Même contre ce tiers détenteur, l'action hypothécaire ne diffère plus désormais de la saisie immobilière qu'en ce qui concerne les partis dont le créancier lui laisse l'option dans la sommation de payer ou de délaisser.

Avant de passer en revue ces divers partis, indiquons contre quels détenteurs on peut dire que le créancier agit en vertu de son droit de suite, et à quelles conditions il l'exerce.

L'exercice du droit de suite est motivé par l'acquisition de l'immeuble hypothéqué, peu importe du reste qu'elle ait été faite avec ou sans équivalent, pourvu toutefois qu'elle l'ait été à titre particulier ; l'acquéreur qui est en même temps ayant cause universel ou à titre universel du débiteur succède aux obligations personnelles de son auteur, et partant à la dette pour sûreté de laquelle a été constituée l'hypothèque, il y est soumis au même titre, la situation du créancier ne change pas, et, en poursuivant l'immeuble entre les mains de cet acquéreur, il n'exerce pas plus le droit de suite qu'il ne l'exerce quand il poursuit ce bien entre les mains du débiteur.

Il en est de même quand le tiers détenteur ne peut représenter de titre d'acquisition ou en représente un

émané *a non domino* : « Les tiers détenteurs soumis à l'exercice du droit de suite, dit M. Thézard, sont en principe tous ceux qui ont acquis soit du constituant, soit des acquéreurs du constituant et ainsi de suite, soit la propriété de l'immeuble hypothéqué, soit une portion divise ou indivise de cette propriété, soit un droit quelconque susceptible de la diminuer (1). » Si le tiers détenteur ne satisfait pas à ces conditions, le créancier n'aura pas besoin d'exercer le droit de suite, il fera la saisie de l'immeuble directement sur son débiteur sans sommation au tiers détenteur, sauf à ce dernier à former une demande en distraction conformément aux articles 725, 727 du Code de procédure civile, ou bien le créancier exercera l'action en revendication appartenant à son constituant en vertu de l'article 1466, du Code civil, et après avoir triomphé, poursuivra l'expropriation forcée contre le tiers (2).

Enfin, pour qu'il y ait lieu d'exercer le droit de suite de l'hypothèque, il ne suffit pas que l'acquisition soit parfaite entre les parties, mais il faut encore qu'elle le soit à l'égard des tiers. Par rapport à l'acquéreur et à son auteur, le créancier hypothécaire est bien un tiers dans le sens de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 ; à son égard c'est la transcription du titre de l'acquisition qui

(1) Thézard. *Du Nantissement*, n° 167.

(2) Poitiers, 20 déc., 76. D. 77. II. 228.—Guillouard. *Priv. et Hyp.*, III. n° 1645.

rend celle-ci parfaite. Pour qu'il soit obligé d'exercer le droit de suite de son hypothèque, il faut donc que cette formalité ait été remplie, sinon il faut agir comme si l'immeuble n'était pas sorti des mains de son débiteur, sans se préoccuper du fait de la possession matérielle.

En supposant le créancier en face d'une aliénation qui donne lieu à l'exercice du droit de suite, deux conditions sont nécessaires pour intenter l'action hypothécaire : l'exigibilité de la dette et l'inscription de l'hypothèque.

La première condition résulte de l'article 2167 *in fine*, qui fait bénéficier le tiers détenteur des termes et délais accordés au débiteur originaire. Quand la dette devient exigible par suite de la faillite du débiteur ou par suite de la diminution des sûretés de son propre fait, on admet généralement que le créancier peut aussi devancer l'expiration du terme contre le tiers détenteur.

La seconde condition, la formalité de l'inscription indiquée en l'article 2166 vise toutes les hypothèques, sauf celles que la loi accorde de plein droit aux femmes mariées et aux personnes en tutelle ; c'est ce qui résulte des articles 2193 et suivants qui organisent pour ces dernières hypothèques un mode spécial de purge.

Ces conditions remplies, et le commandement préliminaire obligé de toute saisie fait au débiteur, la sommation de payer ou de délaisser adressée au tiers détenteur, l'avertit que, s'il ne veut pas que la saisie

suive son cours et aboutisse à l'expropriation forcée de l'immeuble, il ait à exercer son option entre les moyens suivants de satisfaire le créancier : payer, purger, délaisser. Ce dernier moyen, autrefois *in obligatione* n'est plus aujourd'hui que *in facultate solutionis* pour le tiers détenteur. Devenu inutile au créancier par suite des changements dans la poursuite hypothécaire, on l'a cependant maintenu à cause des avantages qu'il présente pour le tiers détenteur, qui, grâce à lui, ne voit pas son crédit atteint par la saisie et se débarrasse de la gestion de l'immeuble et de la responsabilité qu'elle entraîne. Le délaissement, en effet, a pour résultat de changer le sujet passif de la poursuite et de mettre à sa place un curateur, sans porter atteinte à la poursuite elle-même qui aboutira toujours à l'adjudication de l'immeuble saisie au dernier enchérisseur et à la distribution du prix aux créanciers hypothécaires par voie d'ordre.

La purge, au contraire, modifie ce résultat, elle a pour effet de maintenir le tiers acquéreur dans la possession de son immeuble au moyen d'une sorte de transaction passée entre lui et les créanciers hypothécaires : ceux-ci ne sont plus libres de choisir le moment où ils poursuivront la réalisation de leur gage, et s'ils veulent recourir à une vente aux enchères, ils sont obligés de surenchérir.

Avant de prendre un de ces partis ou de laisser la

saisie produire ses effets définitifs, le tiers détenteur doit examiner si sa situation à l'égard du créancier ne le met pas en droit d'arrêter momentanément ou irrévocablement la poursuite par voie d'exception. Déjà le droit romain et l'ancien droit français lui reconnaissaient certaines facultés à l'encontre du créancier dans les circonstances suivantes : quand il avait lui-même sur la chose une hypothèque primant celle du créancier ; quand il avait amélioré le bien et fait des impenses à son occasion ; quand l'obligation d'en garantir la possession entre ses mains était tombée à la charge du créancier ; et à ces diverses hypothèses, correspondaient pour lui l'exception de priorité, l'exception à raison d'impenses et l'exception de garantie ; enfin l'assimilation de sa position avec celle du fidéjusseur lui donnait les bénéfices de discussion et de cession d'actions.

Il n'y a plus aujourd'hui à s'occuper de l'exception de priorité que pour en expliquer la disparition (1).

Elle suppose, avons-nous dit, que le créancier exerce l'action hypothécaire contre un tiers détenteur qui, précisément, se trouve avoir en même temps une hypothèque sur l'immeuble supérieure en rang, et elle est basée sur la règle en honneur sous les législations précédentes, que le premier créancier hypothécaire a le

(1) Sirey. 8. I. 419. Arrêt de la C. de Cass. du 10 février 1818 portant cassation de celui de Rouen du 14 déc. 1815.

droit d'agir en réalisation du gage, à l'exclusion des autres, règle incompatible avec la rédaction actuelle de l'article 2169. « Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué. » Ce texte n'est que la conséquence du changement qui s'est opéré dans l'exercice de l'action. En droit romain, celle-ci consistait à mettre le créancier en possession de la chose hypothéquée ; l'objet direct de la poursuite étant la cession du bien, le paiement n'était que facultatif. Du temps de Pothier, le délaissement était encore l'effet principal de l'action hypothécaire. Or, de même que la constitution d'un gage ordinaire au profit d'un créancier était exclusif de la possession d'autres créanciers sur le même objet, de même lorsque l'hypothèque (qui n'était qu'un gage différé) se réalisait par la mise en possession d'un créancier, cette réalisation ne pouvait se faire qu'au profit d'un seul, qui était nécessairement le premier en rang. Aujourd'hui, au contraire, le souci du législateur en faisant de l'action hypothécaire une saisie aboutissant à l'adjudication de l'immeuble au plus offrant, semble avoir été de faire monter le prix le plus haut possible, pour que tous les créanciers pussent être désintéressés. Il convient dès lors, de leur donner à tous un droit égal dans l'exercice de cette action, et de ne tenir compte du rang de chacun d'eux que dans la

procédure d'ordre. Le premier créancier ne peut, par conséquent, exercer l'action à l'exclusion des autres, pas plus par voie d'action que par voie d'exception.

Il ne peut non plus, en vertu des mêmes principes, exiger que le créancier poursuivant lui fournisse caution de faire porter l'immeuble à un prix assez élevé pour qu'il ne soit pas constitué en perte par le fait de la poursuite, ni alléguer que le prix sera absorbé par d'autres créanciers préférables au poursuivant (1).

Nous allons dans cette étude nous occuper des autres exceptions que le tiers détenteur opposait autrefois à l'exercice du droit de suite de l'hypothèque. Aujourd'hui, deux sont encore certaines : l'exception de discussion et l'exception de garantie ; nous en examinerons le fonctionnement. Pour les autres, c'est leur existence même qui est en question, les exceptions de cession d'actions et d'impenses ont-elles de l'ancienne jurisprudence passé dans le droit actuel ?

On pourrait, dans une première classification, envisager toutes ces exceptions au point de vue des effets qu'elles produisent sur l'action hypothécaire, les unes n'ayant qu'un effet suspensif et dilatoire, comme l'exception de discussion et l'exception à raison d'impenses, les autres entravant l'action et la paralysant de telle sorte qu'elle ne peut plus être exercée avec succès : exception de garantie et exception de cession d'action ;

(1) Aubry et Rau. III. § 287. page 724. texte et note 28.

mais nous préférons adopter une autre classification fondée sur la distinction suivante : parmi les exceptions, les unes s'expliquent par des circonstances qui se retrouvent dans l'action hypothécaire comme dans toutes les autres actions réelles, ce sont les exceptions de garantie et à raison d'impenses ; les autres sont données au tiers détenteur en tant qu'obligé accessoirement à la dette, elles constituent pour lui des faveurs, des bénéfices en considération de cette situation : ce sont les exceptions de discussion et de cession d'actions.

En terminant cet exposé de l'exercice du droit de suite, il n'est pas sans utilité pour éclairer les développements ultérieurs, d'établir une comparaison entre le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué et la personne qui a hypothéqué son propre bien à la garantie de la dette d'autrui, et que la pratique appelle si justement caution réelle. Tous les deux ne sont tenus du paiement de la dette que *propter rem*, mais pour la caution réelle, il est impossible de dire, comme pour le tiers acquéreur, que c'est en vertu du droit de suite de l'hypothèque : comment, en effet, voir un tiers étranger à la dette en celui qui a de son propre mouvement constitué la sûreté ? il faut admettre donc qu'il est obligé personnellement à garantir cette sûreté, à ne rien faire qui puisse en diminuer l'efficacité et la portée (1). Suivant ces

(1) « Le tiers qui a hypothéqué son immeuble à la dette d'autrui, dit M. Colmet de Santerre, a créé par sa volonté le droit d'hypothèque, il ne peut pas, par un acte de sa volonté, nuire à ce droit. » IX. n° 169 bis, VIII.

principes la caution réelle pourra délaisser, puisque, nous l'avons vu, le délaissement ne change pas, quant au créancier, les effets de la poursuite hypothécaire, mais elle ne pourra pas purger, car la purge est une atteinte à la sûreté qu'elle éteint avant terme (1).

Pourra-t-elle opposer les exceptions de discussion et de cession d'actions ? nous nous réservons de répondre à cette question lors de l'étude de ces exceptions ; pour le moment nous nous bornons à constater que, par son but et par le rôle qu'elle joue, la caution réelle doit être plutôt rapprochée de la caution personnelle que du tiers détenteur.

(1) En ce sens. Aubry et Rau, III. § 293 bis. texte et note 24. p. 841. — Pont, *Priv. et Hyp.* II. n° 1272. — Laurent, XXXI, n° 424. Dalmbert, *De la Purge* n° 106. — Planiol, II, n° 3300, 3301. — Guillaouard. *Priv. et Hyp.* III. n° 1692. IV, n° 1987. — Pand. chron. v° *Priv. et Hyp.* 11957.

PREMIÈRE PARTIE

DES EXCEPTIONS COMMUNES A L'ACTION HYPOTHECAIRE ET AUX AUTRES ACTIONS RÉELLES

CHAPITRE I

DE L'EXCEPTION DE GARANTIE

L'exercice du droit de suite de l'hypothèque est une cause de trouble et d'éviction pour le tiers détenteur, qui, si son titre d'acquisition le lui permet, peut recourir en garantie contre son auteur (art. 2178). Or, on conçoit aisément que les qualités de débiteur de la garantie et de créancier hypothécaire poursuivant puissent, par suite d'un certain concours de circonstances, se trouver réunies en la même personne ; il y a lieu dès lors pour le tiers détenteur, d'objecter au créancier par l'exception de garantie que « qui doit garantir ne peut évincer. »

Avant d'étudier dans sa nature et dans ses effets cet obstacle à l'exercice du droit de suite de l'hypothèque, et de se demander comment le tiers détenteur est amené à s'en prévaloir, il convient de dégager la notion de l'obligation sur laquelle il repose et dont il n'est qu'un mode d'exercice.

I. — *De l'obligation de garantie en général.*

Dans les contrats qui ont pour objet la tradition d'une chose, l'obligation de garantie apparaît comme la suite naturelle, le complément indispensable de l'obligation de livrer. Elles correspondent l'une et l'autre à deux phases successives de l'obligation plus générale de faire jouir qui résulte de ces contrats : dans la première phase l'acquéreur n'a pas encore la possession de la chose, il faut la lui donner ; dans la seconde, il l'a déjà reçue, mais il faut la lui maintenir, ou s'il l'a perdue, la lui rendre.

Dans cette obligation de maintenir la possession aux mains de l'acquéreur, de continuer la délivrance, selon l'expression de M. Rodière (1), on peut distinguer deux chefs : 1° S'abstenir de troubler l'acquéreur, 2° défendre contre le trouble causé par autrui. On ajoute ordinairement un troisième chef : indemniser au cas d'éviction, mais cette manière de parler est, croyons-nous, inexacte, car dans cette indemnité il ne faut voir autre chose que

(1) *De la Solid. et de l'Indiv.* n. 431 *in fine*.

l'application de la règle de l'art. 1142 C. civ., en vertu de laquelle l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts toutes les fois que son exécution n'est pas possible ; il n'y a donc pas plus de raison de considérer le droit à des dommages-intérêts comme un chef spécial de l'obligation de garantie, que de distinguer dans toute obligation de faire ou de ne pas faire, l'obligation principale et l'obligation subsidiaire de dommages-intérêts.

Le premier chef de l'obligation de garantie, l'obligation de s'abstenir de troubler l'acquéreur, vise tous les cas de trouble et d'éviction dont la cause réside dans un fait personnel du *tradens*. Dès lors, les simples troubles de fait qui ne donneraient ouverture à aucun recours s'ils provenaient d'un tiers, tombent sous le coup de cette première obligation quand ils viennent de lui.

Relativement aux troubles de droit, le fait personnel peut être défini : tout fait émané de l'aliénateur lui-même de nature à fonder un droit au profit d'un tiers autre que l'acquéreur et opposable à ce dernier (1). Tel serait, par exemple, dans une vente d'immeuble le fait du vendeur qui aliénerait l'immeuble à un tiers avant que l'acte n'ait été transcrit, ou qui, toujours avant cette transcription, constituerait une hypothèque sur l'immeuble, ou qui dissimulerait à son acheteur les inscriptions hypothécaires qui grèvent l'immeuble de son chef. L'obligation de garantir son fait personnel s'exerce aussi pour l'aliénateur dans un autre ordre d'idées :

(1) Huc. *Vente* n° 108.

lorsqu'il acquiert d'une manière quelconque le droit en vertu duquel l'acquéreur est menacé d'éviction : ainsi il succède au véritable propriétaire de l'immeuble qu'il a livré, ou bien au créancier qui a un droit d'hypothèque sur cet immeuble ; s'il s'avise d'exercer l'action en revendication ou l'action hypothécaire qu'il a en ces qualités respectives, il se verra opposer par voie d'exception l'obligation de garantir son ayant-cause. A ces hypothèses et à d'autres analogues, correspond l'adage : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

Cette obligation pour l'aliénateur de s'abstenir de troubler l'acquéreur, s'explique par l'idée de bonne foi, qui, en vertu de l'art. 1134, doit aujourd'hui présider à toute convention. Du reste, il serait contraire à la raison autant qu'à la bonne foi, d'admettre dans une même situation juridique des éléments contradictoires entre eux, d'une part la volonté d'aliéner, d'autre part la volonté d'éviter l'aliénation en réservant le fait personnel. Il résulte de là que cette obligation apparaît comme le minimum de l'obligation de garantir, qui doit se retrouver nécessairement dans tout contrat à titre gratuit comme à titre onéreux, et qu'il ne faut pas restreindre l'interprétation de l'article 1628 à la matière de la vente, mais y voir l'expression d'un principe beaucoup plus général s'appliquant à toutes les conventions.

Il n'en est pas de même du second chef de l'obligation de garantie, l'obligation de défendre l'acquéreur contre le trouble causé par un tiers : ce n'est plus la bonne foi qui exige que le *tradens* soit tenu de faire

cesser un trouble dont il n'est pas la cause ; on doit chercher, dans un autre principe que celui de l'équité la base d'une telle obligation. Elle correspond en effet, selon nous, à l'idée d'égalité entre les parties, à l'idée que l'un n'a mis une valeur dans le patrimoine de l'autre que sous la condition d'en recevoir une valeur par lui acceptée comme équivalente ; par conséquent ce deuxième aspect de l'obligation de garantie est nécessairement restreint aux conventions où se retrouvent ces éléments, c'est-à-dire aux contrats à titre onéreux. Dans la vente par exemple « l'acheteur évincé se retourne contre le vendeur pour lui dire : si vous conserviez le prix alors que par votre faute la chose m'a été enlevée, vous réaliseriez un pur bénéfice, grâce à un contrat par lequel j'ai entendu obtenir l'équivalent de mon prix et non vous enrichir gratuitement, ce résultat serait manifestement contraire à notre intention commune ; pour rétablir l'égalité, remettez-moi dans la situation où j'étais avant d'avoir contracté avec vous » (1).

II. — *De l'application et des effets de l'exception de garantie opposée à la poursuite hypothécaire.*

L'obligation qui sert de fondement à cette exception

(1) Moreau. *Rev. crit.* 1887. XVI, p. 115, 116. Nous acceptons les idées de cet auteur sur la différence de situation que créent entre les parties, d'une part les contrats à titre gratuit, d'autre part les contrats à titre onéreux, mais sans cependant y voir la confirmation de cette thèse que l'exception de garantie n'est pas solidaire de l'action en garantie, et que l'une et l'autre correspondent à deux obligations différentes. Nous croyons au contraire, que l'action et l'exception de garantie ont la même source : l'obligation de garantie, mais que celle-ci a plus ou moins d'intensité suivant la cause qui l'engendre.

est l'obligation, pour l'aliénateur de l'immeuble, de s'abstenir de tout trouble envers le détenteur son ayant cause, et comme nous venons de voir que la garantie, sous ce premier aspect, existe dans tous les contrats, même dans les contrats à titre gratuit, il est inutile de se demander à quel titre le tiers détenteur a acquis l'immeuble, et si ce titre comporte l'obligation de garantie sous ces deux chefs.

Dès lors nos observations sur l'application de l'exception de garantie, doivent porter sur les circonstances qui concourent à donner au débiteur de la garantie, le moyen d'éviction de l'action hypothécaire.

Observons tout d'abord que, pour être susceptible d'être repoussée par l'exception de garantie, la cause d'éviction, l'hypothèque dans l'espèce, doit nécessairement provenir du chef des propriétaires antérieurs à celui dont le tiers détenteur tient l'immeuble : elle ne peut en effet provenir du chef du tiers détenteur qui ne serait plus alors un tiers par rapport à la dette ; elle ne peut non plus provenir de son auteur, car l'acquisition par celui-ci de la créance hypothécaire aurait éteint sa dette par confusion.

La réunion sur une même tête des deux qualités de créancier hypothécaire et de débiteur de la garantie, qui constitue la condition d'exercice de l'exception, peut s'effectuer sous deux formes différentes, selon que la qualité de créancier hypothécaire se joint à celle de débiteur de la garantie, ou que cette dernière qualité échoit au créancier hypothécaire. Le plus souvent, cette réunion sera la conséquence de la transmission univer-

selle ou à titre universel du patrimoine du titulaire de l'une de ces qualités à l'autre. Ainsi, si nous prenons l'exemple cité par Pothier, Jacques est créancier de Jean de 10.000 francs garantis par une hypothèque sur le domaine de ce dernier ; Jean vend à Pierre ce même domaine et Pierre le revend à Paul. Pierre meurt laissant Jacques pour son héritier. Si celui-ci veut exercer contre Paul l'action hypothécaire, il sera repoussé par l'exception de garantie. Une solution identique devrait être donnée si, au lieu d'être l'héritier *ab intestat* du vendeur, Jacques était son légataire universel ou à titre universel, ou son donataire en vertu d'une institution contractuelle universelle ou à titre universel ; de même si, changeant les situations des parties, nous supposons que c'est le vendeur tenu à garantie, Pierre, qui devient l'héritier, le légataire universel, etc..., du créancier hypothécaire, Jacques.

Les conditions d'exercice de l'exception de garantie sont aussi remplies, quand le créancier hypothécaire succède à l'obligation de celui qui a cautionné l'obligation de garantie, ou bien a lui-même cautionné cette obligation.

La réunion sur une même tête des deux qualités de créancier hypothécaire et de débiteur de la garantie par voie de transmission successorale, ou par suite de l'engagement du créancier cautionnant l'obligation de garantie, paralyse d'une façon absolue l'action hypothécaire. L'exception, en ce cas, n'a pas un caractère suspensif et dilatoire comme les exceptions de discussion ou à raison d'impenses : elle est péremptoire, elle

pourra être opposée même si l'immeuble vient à passer en d'autres mains par suite d'une cession quelconque, car l'action en garantie appartient non seulement au garanti et à ses successeurs universels, mais aussi aux acquéreurs à titre particulier, puisqu'ils ont acquis avec la propriété de l'immeuble tous les droits et actions qui y sont attachés (1).

Lorsque c'est le créancier hypothécaire qui succède à l'obligation de garantie, il peut, pour éviter ce résultat, user du moyen donné par la loi au successeur qui veut empêcher la confusion de son patrimoine avec celui de son auteur : l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 802).

Mais notre exception pourra encore être opposée dans les circonstances suivantes : si Jacques n'est pas l'héritier de Pierre (le débiteur de la garantie) mais qu'il a simplement acheté de celui-ci divers immeubles affectés à la garantie de Paul, le tiers détenteur ; il s'élèvera encore dans ce cas, une fin de non-recevoir contre son action hypothécaire, car il est tenu à la garantie *réellement* ; de même dans l'hypothèse où celui qui possède déjà ces immeubles succède au créancier hypothécaire.

Dans ces dernières espèces, l'obligation de garantie ne dure qu'autant que dure sa cause, la détention du ou des immeubles affectés à son exécution ; l'exception ne sera plus opposable au créancier hypothécaire le jour où il cessera de posséder ces immeubles : « Il y a cette différence, nous dit Pothier, entre l'exception que l'on a contre celui qui est personnellement

(1) Huc. *Vente*, p. 180, n° 131.

tenu à la garantie, et celle que l'on a contre celui qui est seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, que la première l'exclut absolument de son action ou pour le total, s'il est obligé pour le total à la garantie, ou pour partie, s'il n'est tenu à la garantie que pour partie : au lieu que l'autre ne l'exclut pas absolument de son action, mais lui laisse la faculté de la suivre après qu'il aura abandonné les héritages sujet à la garantie qui est due au tiers détenteur, pour raison de l'héritage qu'il veut lui évincer par son action hypothécaire, pour, par ce tiers évincé, vendre lesdits héritages sujets à la garantie, pour les dommages et intérêts qui lui sont dus, résultant de l'éviction qu'il a soufferte (1). »

III. — *Du caractère divisible ou indivisible de l'exception de garantie.*

L'intérêt qu'il y a à prendre parti sur cette question se présente dans les circonstances suivantes : le créancier hypothécaire vient avec d'autres à la succession de celui qui a aliéné l'immeuble au tiers détenteur, ou bien l'aliénateur d'une partie de l'immeuble à ce dernier acquiert la créance hypothécaire ; l'exception de garantie sera-t-elle pour le tiers détenteur un moyen d'entraver l'action hypothécaire pour

(1) Pothier. *Tr. de l'Hyp.*, n° 100.

le tout ou pour partie ? lui permettra-t-elle d'éviter qu'il ne soit évincé de tout l'immeuble, ou au contraire ne le protégera-t-elle que d'une éviction partielle correspondante, suivant les cas, soit à la proportion dans laquelle le créancier hypothécaire représente son auteur, soit à la fraction de l'immeuble qu'il a lui-même aliénée ? La difficulté revient en d'autres termes à savoir si l'obligation de garantie est susceptible ou non de division entre ceux qui en sont tenus (1).

Les observations faites au début de ce chapitre nous permettent de poser la question en ces termes plus généraux, car nous avons vu que l'obligation de s'abstenir de tout trouble est une des formes de l'obligation de garantie et celle-là même que l'on retrouve dans tout contrat. Ce n'est cependant pas la méthode qu'a suivie Dumoulin et après lui Pothier, pour étudier la nature de l'exception de garantie : ils l'ont tous les deux considérée abstraction faite de l'obligation de garantie exercée par voie d'action, aussi sont-ils arrivés à conclure qu'elle est divisible, tout en déclarant l'action indivisible.

Dans l'action de garantie, ils ont eu surtout en vue l'obligation de défendre, de prendre le fait et cause :

(1) Elle se présente surtout dans l'hypothèse suivante : Une femme commune en biens, après avoir accepté la communauté à sa dissolution, exerce son hypothèque légale pour ses reprises, sur un immeuble de la communauté ou du mari, que celui-ci a vendu sans son intervention ; l'acheteur pourra-t-il repousser la prétention de la femme pour le tout, ou seulement quant à la moitié de l'immeuble qu'elle a consenti à garantir en acceptant la communauté tant active que passive.

« l'objet immédiat et primitif de cette obligation, dit Pothier à propos de l'action en garantie de la vente, est la prise de fait et cause pour l'acheteur, c'est-à-dire la défense de la cause de l'acheteur dont le vendeur est obligé de se charger, *factum defendendi*. » (*Vente* n° 103). Et cette obligation de défendre leur paraissait indivisible car ils considéraient l'acte dans lequel elle se résume, la prise de fait et cause, indivisible comme tout fait : comment concevoir, disaient-ils, la moitié, le tiers, le quart d'une défense ?

Dans l'exception de garantie, au contraire, ces mêmes auteurs voyaient un moyen d'exécuter l'obligation de faire jouir l'acquéreur de la chose, obligation qu'ils assimilaient à l'obligation de livrer, et qu'ils déclaraient comme elle, divisible toutes les fois qu'elle portait sur une chose divisible ; c'est bien cette manière d'interpréter l'obligation de garantie qui apparaît dans les arguments donnés par Pothier pour appuyer la théorie de la divisibilité de l'exception, arguments qu'on peut résumer de la manière suivante :

1° L'obligation de livrer une chose divisible est divisible : le vendeur d'un immeuble obligé de livrer, est tenu d'une obligation qui se partagera entre chacun de ses héritiers ; s'il était mort avant la tradition, ceux-ci ne pourraient être actionnés par l'acheteur que pour leur part et portion ; en exécutant son obligation de livrer, le vendeur n'a pu rendre leur condition pire qu'elle n'aurait été si elle n'eût pas été remplie. L'héritier pour partie qui, actionné en délivrance de l'immeuble vendu, eût été quitte en faisant tradition de sa

part, ne doit pas être plus maltraité par voie d'exception que par voie d'action.

2° L'obligation de défendre, qui est divisible, n'est pas tellement précise et absolue que chaque héritier ne puisse s'en décharger en offrant sa part du prix et des dommages-intérêts, à plus forte raison est-il déchargé quand il a satisfait pour sa part et portion à l'obligation de faire jouir, qui est divisible quand l'objet vendu est divisible.

3° L'obligation de défendre est subordonnée à l'obligation de faire jouir : quand l'héritier pour partie a rempli cette dernière obligation pour la portion qui lui est afférente, il n'a plus à défendre l'acheteur, il est libéré ; il peut par conséquent revendiquer la chose vendue pour les portions dont il n'est pas héritier (1).

Pothier avait donc su déjà, à propos de l'exception de garantie, discerner la notion vraie de l'obligation de garantie, celle que nous avons tenu à dégager au commencement de cette étude et qui voit dans cette obligation, l'obligation de continuer la tradition de la chose garantie, d'en faire jouir l'acquéreur. Il est du reste permis de penser que cette notion de la garantie aurait amené cet auteur et Dumoulin à l'unité de décision en ce qui concerne le caractère divisible ou indivisible de l'action et de l'exception, s'ils n'avaient été influencés en sens contraire par le désir de mettre leur

1) Pothier, *Vente* n° 173. Dumoulin, *Tr. de Div. et Indiv. part. 2*, n° 499, 500, 501. Voet, *de rei vind.* n° 16.

solution en conformité avec ce qu'ils croyaient être la décision du droit romain (1).

De nos jours, la méthode qu'ont employée Dumoulin et Pothier est généralement rejetée comme illogique. M. Larombière(2), cependant, a essayé de la remettre en honneur, mais l'une des applications qu'il en fait en montre bien les contradictions : un héritier partiaire du vendeur, véritable propriétaire de la chose vendue, la revendique en exceptant de la revendication la part pour laquelle il est héritier, on ne pourra par conséquent lui opposer l'exception de garantie qui est divisible, mais comme l'action est indivisible, l'acquéreur menacé d'éviction pourra agir en garantie pour le tout contre chacun des autres héritiers ; cependant, s'il peut agir pour le tout contre chacun des autres héritiers, il doit pouvoir le faire contre cet héritier qui est aussi son garant, et alors l'exception est indivisible, ou bien si l'exception est divisible, c'est que l'action l'est aussi.

Ces considérations nous montrent que nous avons eu raison de poser la question sous cet aspect plus général :

(1) Dumoulin et Pothier ne trouvaient d'autre moyen d'expliquer la *denonciatio in solidum* exigée par plusieurs textes du Digeste. (Loi 62, § I. D. de *Evictione*. — Lois 85, § 5 et 139 de *Verb. oblig.* XLV) au cas de pluralité de débiteurs de la garantie que de la faire dériver de l'indivisibilité de cette obligation. M. Eyssautier (*Revue critique* 1857, XI, p. 339 et suiv.) et M. Mérignhac (*France judiciaire*, 81-82, p. 126) proposent chacun une interprétation différente de ces textes, plus en rapport avec d'autres passages du Digeste où le principe de la divisibilité de la garantie est proclamé ou sous-entendu. (Loi 39, § 2 D. de *Evictione*. — Lois 1, 64 et 69 *in fine* XXI, II, de *Evictione*. — Const. 14. C. de *rei vindic.* III. XXXII.

(2) Larombière. *Oblig.* art. 1222, 1223, n° 12, 17, 19.

l'obligation de garantie est-elle ou non divisible ? Nous allons maintenant essayer d'y répondre, nous ferons ensuite l'application de notre solution à l'exception du tiers détenteur.

Le droit actuel, en ne se prononçant pas formellement sur le caractère de l'obligation de garantie, laisse aux interprètes le soin de se décider sur ce point à la lumière des principes généraux.

Des articles 870 et 1220 du Code civil, il résulte que toute obligation se divise non seulement entre les divers débiteurs et les divers créanciers originaires qui ne sont pas unis par le lien de la solidarité, mais aussi entre les héritiers du débiteur ou du créancier unique à l'origine, toutes les fois qu'elle est susceptible d'exécution partielle. En d'autres termes, la divisibilité des obligations est la règle, leur indivisibilité l'exception.

Or, d'après la distinction de Dumoulin reprise par les rédacteurs du Code, une obligation est indivisible soit *natura aut contractu*, soit *obligatione*, soit *solutione tantum*.

Reprenons chacun de ces termes.

L'obligation indivisible *natura aut contractu* est visée par l'article 1217 ; on peut la définir en changeant un peu les expressions de ces textes qui prêtent à confusion : l'obligation qui a pour objet une chose ou un fait qui, par sa nature, n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

L'indivisibilité *obligatione* et l'indivisibilité *solutione* résultent de la volonté des parties qui ont envisagé le fait ou la chose objet de l'obligation sous ces modalités

(art. 1218, 1221) ; mais entre ces deux indivisibilités il y a cette différence, que la première empêche l'obligation de se diviser soit au point de vue passif, soit au point de vue actif, tandis que l'indivisibilité *solutione* ne produit aucun effet par rapport aux héritiers du créancier, mais seulement par rapport aux héritiers du débiteur.

Quant l'obligation de garantie porte sur un objet indivisible de sa nature (par exemple un droit de passage) ou que les contrevenants entre eux ont considéré comme indivisible, elle participe elle-même à cette indivisibilité comme dans la vente l'obligation de livrer, l'action en reméré et l'action en lésion : tout le monde est d'accord sur ce point.

La controverse ne s'établit qu'en ce qui concerne l'obligation de garantir un objet divisible, et la question se réduit à savoir si l'obligation de garantie en elle-même et indépendamment de l'objet auquel elle s'applique est indivisible, et s'il faut dans tous les cas interpréter la volonté des parties dans ce sens.

La majorité des auteurs déclarent cette obligation indivisible de sa nature et motivent leur solution par les raisons suivantes : que l'on considère la garantie comme une obligation de faire consistant à prendre le fait et cause de l'acquéreur, ou comme une obligation de ne pas faire consistant à ne pas troubler l'acquéreur dans sa possession, il n'en est pas moins vrai que sous l'un et l'autre de ces aspects, elle ne peut être fractionnée. « Comprend-on que l'on fasse valoir un tiers ou un quart d'argument, dit M. Laurent... Considérée comme ayant pour effet de transférer à l'acheteur la

propriété de la chose, elle (l'obligation de garantie) est essentiellement indivisible ; la propriété est un droit absolu, elle est entière ou elle n'est pas ; le vendeur s'est obligé à la transmettre entière, il n'y peut donc faire la moindre atteinte sans manquer à son engagement... Même en restreignant l'obligation du vendeur à assurer la paisible possession de l'acheteur, elle reste indivisible car la possession paisible et le moindre trouble sont incompatibles » (1). Et MM. Aubry et Rau : « Quelque minime que soit la portion à raison de laquelle il (l'acheteur) se trouve inquiété, il n'en est pas moins troublé dans sa paisible possession qui, envisagée en elle-même est indivisible bien que l'objet auquel elle s'applique soit susceptible de division » (2).

A plusieurs reprises, la jurisprudence a adopté ces raisonnements. Ainsi, dans un arrêt du 5 juin 1856, la cour de cassation belge les résume dans l'attendu suivant : Attendu que la garantie consiste à défendre l'acheteur contre le trouble qu'éprouve sa jouissance et à prendre son fait et cause, qu'elle est donc une obligation de faire, que de plus, puisqu'elle doit sauvegarder la chose vendue en son intégrité et que le fait de la défense ne peut se fractionner dans l'exécution, elle constitue naturellement une obligation indivisible...(3).

(1) Laurent. XXIV. n° 213.

(2) Aubry et Rau, IV. § 355, p. 371, note 8. — En ce sens Delvincourt, III. p. 144. Troplong. *Vente*, I. n° 433, 434 et 438. Duvergier. I. n° 355. Marcadé, sur l'art. 1626, n° 8. Larombière. *Oblig.* art. 1222 et 1223, n° 14. Colmet de Santerre, t. VII. p. 86, n° 61 bis, VI. Baudry-Lacautinerie. *Précis*. III, n° 542, 544.

(3) D. 56. II. 209.

En France, parmi les arrêts qui posent en principe l'indivisibilité de l'obligation de garantie, citons un arrêt du 25 juin 1856 de la cour de Bordeaux, et les arrêts de la cour de cassation du 18 avril 1860 et du 8 novembre 1893 (1).

Examinons la valeur de ces arguments.

Quant à l'obligation de garantie considérée sous le rapport de la défense de l'acquéreur et de la prise de fait et cause, est-il vrai de dire qu'elle n'est pas susceptible de division ? Qu'un argument ne puisse être scindé de manière à valoir pour une fraction quelconque, qu'un titre ou un moyen ne puisse être présenté pour partie, cela est hors de conteste ; il est certain en effet que la défense est bien indivisible en ce sens que les raisons données par l'un des garants s'appliqueront indubitablement à la cause tout entière, et profiteront à toutes les parties. Aussi n'a-t-on jamais eu la prétention de formuler en ces termes la thèse de la divisibilité de l'obligation de défense. Voici au contraire comment elle se pose : peut-on, à l'effet de conserver la possession d'une fraction indivise d'une chose entre les mains de son acquéreur, invoquer un argument, produire un titre qui s'appliquent à la chose prise dans sa totalité ? Cela est certainement possible et se présente tous les jours dans la pratique quand plusieurs débiteurs sont attaqués par leur créancier commun ; chacun ne plaide que pour sa part et portion. Il en est de même

(1) *Gaz. des Trib.* 18 octobre 1856. S. 60. I. 519. D. 94. I. 417.

quand l'acquéreur évincé a deux garants : chacun d'eux ne pourra sans doute plaider la moitié d'un moyen, invoquer la moitié d'un titre, mais il pourra produire tous les moyens pour que l'acquéreur soit maintenu en possession de la moitié de la chose ; c'est dans les conclusions que l'on verra s'il a défendu pour le tout ou pour partie. Du reste, non seulement chacun des garants *peut* conclure pour sa part, mais même *il ne doit* conclure que pour sa part : quand une vente, par exemple, a été faite par plusieurs vendeurs, ils n'ont pas nécessairement les mêmes titres à invoquer, leurs droits sur la chose pouvant avoir des origines différentes ; dès lors, comment prétendre que la défense d'un seul devra valoir pour toute la chose ? On voit par là sur quelle équivoque se basent ceux qui prétendent l'obligation de défendre indivisible, ils font une confusion entre l'obligation de défendre qui, en elle-même, est susceptible de division, avec la défense qui ne l'est pas. Remarquons aussi qu'ils n'envisagent sous ce terme de défense, que l'hypothèse d'une défense en justice, laissant de côté les autres moyens d'exécuter cette obligation ; ne peut-on pas cependant supposer que le garant obtienne par transaction, à prix d'argent ou de toute autre manière, que l'acquéreur ne soit plus troublé dans la possession de la part pour laquelle il doit garantie, et l'obligation de défendre n'est-elle pas ainsi exécutée d'une manière divise ?

Il est vrai qu'on invoque alors l'argument fondé sur l'indivisibilité de la possession de l'acquéreur, que nous avons entrevu dans les textes précités de MM. Laurent,

Aubry et Rau : « La possession paisible et le moindre trouble sont incompatibles », dit le premier — « La possession en elle-même est indivisible, disent les seconds. » « Le fait d'être troublé ou de ne pas être troublé est indivisible, déclare à son tour M. Guillouard (1) ; être troublé par partie c'est encore être troublé. »

Ici encore règne une confusion du même genre que celle que nous venons de dénoncer à propos de l'obligation de défendre. Comme on a confondu le fait de défendre, on confond la possession avec l'obligation de conserver la possession ; sans doute, la possession en elle-même est indivisible, il n'y a pas de moitié, de tiers de possession, ni de fraction de jouissance, mais on peut posséder pleinement une moitié, un tiers de la chose, de sorte qu'on peut être troublé dans la possession de l'autre partie. Quand on prétend que le fait d'être troublé ou de ne pas être troublé est indivisible, qu'est-ce à dire sinon que celui qui garantit la paisible possession d'une portion d'un objet, ne doit pas laisser éprouver ou faire subir à l'acquéreur le moindre trouble pour cette portion ?

Le débat d'ailleurs dérive de cette question d'allure plus générale : Toute obligation de faire est elle ou non divisible ? Si Dumoulin y a répondu négativement en posant ce principe « *factum dividi non potest* » et si, de nos jours, la cour de cassation belge a décidé que l'obligation de garantie est indivisible « attendu qu'elle est une obligation de faire » (2), les articles 1217 et

(1) Guillouard. *Tr. de la Vente*. I. p. 362, n° 344.

(2) Arrêt du 5 juin 1856 précité.

1218 du Code civil, en parlant de fait dont l'exécution est susceptible de division et de fait divisible par sa nature, résolvent formellement la question dans un sens affirmatif.

Du reste, ceux-là mêmes qui repoussent l'idée de fractionnement de la jouissance, ne font aucune difficulté pour reconnaître divisible l'obligation de livrer ; comme celle-ci consiste à faire jouir, ils admettent donc qu'on peut jouir d'une partie indivise d'une chose divisible. N'avons-nous pas aussi vu Pothier conclure de la divisibilité de l'obligation de livrer à la divisibilité de l'obligation de garantir, sous prétexte que le vendeur, en exécutant la tradition, n'a pas dû rendre la condition de ses héritiers pire qu'elle n'aurait été s'il ne l'avait pas faite ?

Les partisans de l'indivisibilité de l'obligation de garantie ont recours à un argument d'un autre genre, et aux raisons qu'ils tirent de la nature de cette obligation, ils en ajoutent une tirée de l'intention des parties. Cette manière d'établir l'indivisibilité de la garantie, adoptée par Pothier, a été pratiquée dans le dernier arrêt sur la matière de la cour de cassation du 8 novembre 1893, (D. 94. I. 417). « Attendu, dit la cour, que la défense du droit de l'acquéreur... serait contraire à la volonté des parties si elle (la garantie) pouvait s'exercer partiellement... » Présenter la question de cette façon, c'est déjà reconnaître implicitement que l'obligation de garantie n'est pas *de sa nature* indivisible, du moins, c'est avouer que les raisons qu'on a fait valoir en ce sens ne sont pas si convaincantes qu'on veut bien le dire ; c'est, en somme,

vouloir faire concourir à la solution d'un même problème des arguments qui correspondent à deux ordres d'idées fort différents : l'indivisibilité *natura* et l'indivisibilité conventionnelle. Nous suivrons la doctrine et la jurisprudence sur ce terrain qui nous est plutôt favorable.

Nous avons déjà distingué dans l'indivisibilité conventionnelle l'indivisibilité *obligatione* et l'indivisibilité *solutione*, et signalé la différence qui les sépare. De laquelle s'agit-il ici ?

Il n'y a pas controverse sur ce point ; l'opinion commune reconnaît qu'entre les créanciers de la garantie l'obligation se divise, chacun ne pouvant qu'exiger du garant qu'il le fasse jouir de la part qu'il a dans l'objet. Il ne s'agit par conséquent, et Pothier en convenait, que de l'indivisibilité *solutione*. La thèse consiste à dire que, sauf clause contraire expresse, les parties contractantes ont voulu que l'obligation de garantie ne fût pas susceptible d'être répartie soit entre les différents débiteurs originaires, soit entre les héritiers du débiteur originaire unique.

Pour le cas où la garantie est engendrée par le contrat de vente, il semble bien cependant que le législateur n'a pas interprété l'intention de l'acheteur d'avoir la chose dans son intégralité d'une façon si rigoureuse qu'on l'affirme dans cette opinion. D'après l'article 1636, l'éviction partielle ne sera une cause de résiliation de la vente que si la partie est notable ; ainsi l'acquéreur d'un domaine est évincé d'une parcelle peu importante, il ne pourra faire résilier la vente et devra se contenter de ce

qui lui reste et qui forme la partie principale. Supposons, au contraire, qu'il soit évincé pour la totalité mais que l'un des garants ait la possibilité de le maintenir en possession de cette même partie principale, admettra-t-on quand même la résiliation pour cette raison que la garantie étant indivisible, empêche le garant de procurer ce résultat à l'acquéreur ? Une pareille solution de la question dépasserait certainement les intentions du législateur exprimées dans l'article 1636, on peut donc conclure de ce texte, que le législateur n'a pas admis que dans tout contrat de vente, l'intention des parties dût s'interpréter en principe dans le sens de l'indivisibilité *solutione* de l'obligation de garantie.

Cette conclusion peut être étendue à toutes les conventions qui engendrent l'obligation de garantie. N'est-elle pas conforme au principe que nous avons établi au début de la discussion, et que confirment les articles 1220 et 870, à savoir que, dans les obligations, la divisibilité est la règle et l'indivisibilité l'exception ; formuler l'indivisibilité conventionnelle de l'obligation de garantie comme nous avons vu ses partisans le faire, c'est prendre exactement le contrepied de ce principe. Sans doute, il est bien vrai que l'acquéreur d'une chose veut l'avoir dans son intégralité, et, dans les rapports de l'acquéreur avec son garant, l'obligation de garantir doit s'exécuter comme si elle était indivisible, mais lorsque cette obligation passe aux héritiers de l'aliénateur, ou si, dès l'origine, elle est à la charge de plusieurs débiteurs, elle doit se diviser entre eux, en vertu de cette règle qu'on ne doit pas présumer qu'un débiteur s'est chargé de la

dette des autres. Que si l'acquéreur veut pouvoir s'attaquer à un seul, qu'il stipule l'indivisibilité d'une façon assez claire pour qu'on ne puisse mettre en doute son intention !

Mais, objecte-on avec la cour de cassation dans son arrêt de 1893, la garantie partielle ne peut être qu'une garantie illusoire à laquelle les parties n'ont pas dû certainement se référer. Et MM. Aubry et Rau expliquent en ces termes, en quoi la garantie partielle est illusoire : « L'admission de la demande aurait pour effet de transformer en copropriété le droit exclusif de propriété de l'acheteur, et l'exposerait ainsi à la nécessité d'un partage, ou même d'une licitation par suite de laquelle il pourrait être complètement dépossédé » (1). Nous répondons à cela que, si la copropriété présente des inconvénients incontestables, il est exagéré de dire qu'elle est un droit illusoire ; la possession d'un copropriétaire n'est pas une possession sans valeur, et elle ne peut être pour lui la source d'une lésion.

Tout en admettant en principe la divisibilité de l'obligation de garantie, plusieurs auteurs y ajoutent un correctif : cette divisibilité n'aura d'efficacité qu'autant qu'on pourra s'en prévaloir sans manquer à la bonne foi qui doit présider à tout contrat ; ne pourront donc l'invoquer ceux qui, tenus pour partie de l'obligation de garantie, ont cependant à leur disposition les facilités de l'exécuter pour le tout, notamment s'ils ont entre les mains le moyen d'évincer l'acquéreur, on ne leur permettra pas d'en user même pour la partie de la chose dont ils ne

(1) Aubry et Rau. IV. § 355, note 12, p. 373.

sont pas garants, ils seront repoussés complètement par l'exception *quem de evictione*. MM. Rodière, Gauthier, Mérignhac (1) ont soutenu cette théorie. En réalité, ils aboutissent dans un sens inverse de Dumoulin et de Pothier à la scission entre l'action et l'exception de garantie, considérant la première comme divisible et la seconde comme indivisible. C'est à ces idées qu'il faut rattacher l'article de M. Moreau paru dans la *Revue critique* de 1887, tome XVI, pages 107 et suivantes, et signalé plus haut (2) ; l'auteur y soutient que l'action et l'exception de garantie ne sont pas solidaires l'une de l'autre et ne correspondent pas à la même obligation. Nous avons vu au contraire dans l'action et l'exception, deux moyens différents d'exercer une même obligation, et nous avons fait nous-mêmes la part de la bonne foi, en disant que dans tous les contrats d'aliénation, elle produit ce résultat d'obliger l'aliénateur à la garantie de son fait personnel, quand même la convention n'engendrerait pas au profit de l'acquéreur la garantie du fait d'autrui. Mais cette obligation de garantie a pour limite le fait personnel, et par exemple, si l'un des aliénateurs d'un immeuble a acquis l'hypothèque qui le grève, son fait personnel a une influence seulement sur la partie de l'immeuble qu'il a mise dans le patrimoine du tiers détenteur ; dans cette mesure

(1) Rodière. *Solid. et Indiv.* n° 431, 432.—Gauthier. *Noté dans P.*, 60, 459, — Mérignhac. *Fr. judic.* 81-82, 1^{re} part., p. 117 et suiv.

(2) V. *supra* p. 29 note.

seule, la bonne foi l'oblige à respecter le contrat, elle ne peut, en effet, exiger qu'on paie les dettes des autres. D'ailleurs, pourquoi restreindre la théorie contraire à l'obligation de garantie ? n'y aurait-il pas aussi les mêmes raisons de l'appliquer à l'obligation de livrer ? On n'ose cependant pas aller jusque là, et soutenir que l'héritier partiaire du vendeur qui n'a pas encore livré la chose, est tenu, en vertu de la bonne foi, de la livrer tout entière.

Nous croyons avoir prouvé que l'obligation de garantie appliquée à une chose divisible, n'échappe pas à la règle générale de la divisibilité des obligations de l'article 1220, par quelque moyen qu'elle soit opposée : elle n'y échappe, ni parce qu'elle est indivisible de sa nature, ni parce que les parties doivent toujours être présumées avoir voulu la rendre indivisible ; elle n'y échappe que dans les cas exceptionnels prévus dans l'article 1221, en tant du moins qu'ils lui sont applicables.

La doctrine presque tout entière, avons-nous dit, est hostile à cette opinion. Elle a été soutenue par M. Eyssautier dans un article de la *Revue critique* de 1857 (1). M. Labbé l'a signalée dans des termes qui paraissent devoir le faire considérer comme un de ses partisans (2) ;

(1) Eyssautier. *Rev. crit.*, 1857. XI, p. 318 et s., 498 et s.

(2) Voici comment il s'exprime : « Nous pensons toutefois non pas que l'obligation de garantir est indivisible par la nature de son objet, comme on a cherché à le démontrer, mais qu'elle le devient toutes les fois qu'il ressort des circonstances que l'acheteur n'eut pas consenti à acquérir une partie seulement de la chose vendue. C'est l'indivisibilité qui résulte de l'intention des parties (*J. du Pal.* 61, 248. Note sous l'arrêt du 18 avril 1860).

plus récemment elle a été reprise par M. Huc, dans son *Traité de Droit civil*, et M. Planiol (1) y est favorable.

Quant à la jurisprudence, si on la considère dans son ensemble, elle paraît bien n'appliquer qu'une seule théorie, celle de l'indivisibilité de la garantie, mais si on analyse chacune de ces décisions, on peut les classer en trois catégories principales.

Dans la première catégorie, on peut ranger les arrêts qui posent l'indivisibilité de l'obligation comme un axiome de droit qui n'a pas besoin d'être plus amplement démontré ; leur autorité est par suite fort restreinte : ce sont les arrêts de la cour de cassation du 5 janvier 1815 (S. 15, I, 231) (rendu dans une espèce où la question de garantie ne se présentait pas), les arrêts de la cour de Bordeaux du 8 décembre 1831 (S. 32, II, 565), de la cour de Rouen des 22 mai et 25 avril 1839 (S. 39, II, 453), de la cour de cassation du 14 janvier 1840 (S. 40, I, 569), et du 18 avril 1860 (60, I, 519.)

Une seconde catégorie comprend les arrêts qui appuient la thèse de l'indivisibilité de la garantie sur les diverses raisons que nous avons signalées au cours de la discussion, et que nous croyons avoir réfutées : Ce sont les arrêts déjà cités de la cour de cassation belge du 5 juin 1856 (D. 56, II, 209) et de la cour de cassation française du 8 novembre 1893. (D. 94, I. 447).

Dans une troisième catégorie, se placent les arrêts qui déclarent l'obligation indivisible parce qu'en fait elle a pour objet une chose indivisible : Ainsi deux

(1) Huc. *Vente*, n° 135 et s. — Planiol, II, n° 1474.

arrêts de la cour de cassation du 19 février 1811 (S. 11. I. 189) et du 14 décembre 1868 (S. 69, I, 126). Ce dernier arrêt admet en principe la divisibilité de l'obligation de garantie en ces termes : « Attendu que l'obligation de garantie ne saurait être divisée entre les héritiers du vendeur, lorsque, comme dans l'espèce, son indivisibilité résulte de la nature de la chose vendue et de la commune intention des parties... » Dans ces deux espèces, les vendeurs avaient établi entre eux la solidarité quant à l'obligation de garantie ; nous pouvons donc voir dans ces décisions l'application de notre système.

Enfin, dans un arrêt du 11 août 1830 (S. 30, I, 395) la cour suprême a fait la distinction entre l'action et l'exception de garantie, déclarant l'une divisible et l'autre indivisible.

Cet exposé de la jurisprudence justifie ce que M. Valette disait d'elle : « Les arrêts qui ont eu à statuer sur la question n'avaient pas des idées bien fixes et ont été quelque peu rendus à l'aventure. » On peut donc avancer sans témérité qu'elle n'a pas dit son dernier mot, et espérer que, mieux éclairée dans l'avenir, elle ne se contentera pas, comme elle le fait dans les arrêts précités, de calquer ses motifs sur les décisions précédentes, mais qu'elle entrera résolument dans la voie de la divisibilité de l'obligation de garantie.

Il nous reste à présent à faire l'application de notre théorie à l'exception de garantie opposée par le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à l'action hypothécaire.

Rappelons d'abord à quelle occasion peut être

opposé ce moyen de défense : le créancier hypothécaire est le successeur à titre universel de celui qui a mis l'immeuble dans le patrimoine du tiers détenteur ; ou bien l'aliénateur pour partie de l'immeuble au tiers détenteur acquiert la créance hypothécaire. Dans les deux cas, l'exercice du droit de suite doit subir une restriction proportionnelle à l'obligation de garantie dont est redevable le titulaire du droit d'hypothèque. C'est en ces termes que se fait l'application de la divisibilité de l'exception de garantie du tiers détenteur.

Il est évident tout d'abord, que la restriction de l'action hypothécaire ne s'opérera pas en diminuant proportionnellement le *chiffre* de la créance, puisque, par suite de l'indivisibilité du droit d'hypothèque, il n'y a pas corrélation entre une fraction divisée ou indivise de l'immeuble et une fraction de la dette (1) « chaque partie de la dette étant garantie par la totalité de l'immeuble. (Planiol, II, n° 2654).

(1) C'est parce qu'il a négligé de tenir compte de ce caractère du droit d'hypothèque que Pothier a pu écrire : « Lorsque le créancier qui a donné contre moi l'action hypothécaire n'est héritier que pour partie de mon vendeur, par exemple pour un quart, il ne doit être exclu de son action hypothécaire que pour la partie dont il est héritier, *c'est pourquoi je dois être condamné en ce cas, à lui délaisser l'héritage pour les trois quarts, si mieux je n'aime payer les causes de l'hypothèque pour ces trois quarts*, car n'étant obligé à la garantie envers moi que pour le quart dont il est héritier de mon vendeur, il ne peut être obligé de m'acquitter que pour cette partie, soit du délais de l'héritage, soit du paiement des causes de l'hypothèque, si je voulais le conserver. » (Pothier. *Hyp.* n° 97.) Il va sans dire que nous ne critiquons dans ce texte que l'application défectueuse de la divisibilité de l'exception de garantie, sans vouloir toucher au principe de la divisibilité en lui-même que nous avons approuvé du reste plus haut.

Pour satisfaire à l'obligation de garantie dont il est tenu partiellement, le créancier n'aura d'autre moyen que d'exercer son action pour la *totalité* de la créance, mais seulement *sur la fraction indivise de l'immeuble pour laquelle il ne doit pas garantie*.

En conséquence, l'exercice du droit de suite suivra sa marche normale sur cette partie de l'immeuble, mais comme le tiers détenteur se gardera bien de payer la dette ou de délaisser, (l'un et l'autre de ces partis ne lui assurant pas la garantie à laquelle il a droit) son option sera limitée ; il n'aura à choisir qu'entre purger ou se faire exproprier. S'il ne fait pas les notifications à fin de purge, ou si, les ayant faites, un créancier surenchérit, on procédera à l'adjudication de la partie indivise poursuivie.

Ainsi l'action hypothécaire aura pour effet de créer l'indivision entre l'adjudicataire et le tiers détenteur, indivision qui donnera peut-être lieu dans la suite à un partage ou à une licitation, mais qui ne sera pas pour le détenteur la source d'une lésion. Toutefois, quand il a acquis l'immeuble par le moyen de la vente, il faudra tenir compte entre lui et son vendeur, ou les ayants cause de son vendeur, des dispositions de l'article 1636, et lui reconnaître le droit de la faire résilier, si la partie dont il est évincé est de telle conséquence relativement au tout, qu'il n'eût point acheté sans cette partie. Même si cette dernière condition n'est pas remplie, il pourra obtenir des dommages-intérêts, pourvu qu'il éprouve cependant un certain préjudice.

Voyons maintenant dans leur application à l'obliga-

tion de garantie opposée par voie d'exception par le tiers détenteur, les dérogations à la règle de la divisibilité des obligations, qui constituent les cas d'indivisibilité *solutione*.

L'article 1221 énumère cinq cas d'indivisibilité *solutione* : deux d'entre eux sont inapplicables à l'obligation de garantie : l'un a trait à l'obligation de corps certain dont un héritier du débiteur est en possession (1221-2^o), l'autre à la dette alternative de choses au choix du créancier dont l'une est indivisible ; ils se rapportent donc à l'exécution de l'obligation de livrer, or, en matière de garantie, la délivrance a déjà eu lieu et a déterminé l'objet de l'obligation.

Un troisième cas prévu par le 1^o de ce texte, est celui où la dette est hypothécaire : il en est ainsi quand la garantie résulte pour le créancier hypothécaire de la possession d'un ou de plusieurs immeubles affectés à la sûreté de cette obligation, il pourra être repoussé pour le tout par le tiers détenteur au moyen de l'exception *quem de evictione*. D'après la maxime : « *Est tota in toto et tota in qualibet parte*, » la détention d'une seule partie de l'immeuble hypothéqué suffit à obliger pour le total de la dette, qu'importe donc que le créancier hypothécaire ait acquis tout ou partie des immeubles affectés à la garantie ? il pourra toujours être poursuivi pour le tout par voie d'action, et sera par conséquent repoussé pour le tout par voie d'exception.

L'obligation de garantie est encore indivisible *solutione* dans les deux dernières hypothèses prévues par l'article 1221 :

4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ;

5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

Nous dirons d'une façon plus générale, que le tiers détenteur pourra opposer pour le tout l'exception de garantie au créancier hypothécaire, si l'indivisibilité de l'obligation sur laquelle elle repose, a été stipulée expressément dans le contrat d'acquisition, ou sous-entendue d'une façon non équivoque. Relativement à cette dernière hypothèse, l'article 1221-3° indique trois éléments qui doivent servir à l'interprétation de la volonté des parties : *la nature de l'engagement, la chose qui fait l'objet du contrat, la fin qu'on s'y est proposée*. En matière de garantie, un seul de ces éléments d'interprétation aura son utilité : *la fin qu'on s'est proposée, dans l'acquisition*. Prenons en effet le premier élément : *la nature de l'engagement* ; ou bien cette expression est synonyme de *nature de l'obligation* et se rapporte à l'indivisibilité absolue, ou bien le législateur a voulu entendre par là la *forme* de la convention, et viser les obligations indivisibles en droit romain par la forme de la convention : les obligations *alternatives* et *génériques* (1) ; or, nous venons de voir que l'obligation de

(1) D. loi 2, § I. XLV. I. de verb. oblig. : « *Quædam partis quidem dationem natura recipiunt sed nisi tota dantur stipulationi satis non fit.* » — V. aussi eod. tit., loi 85, pr.

garantie ne peut affecter ces modalités (1). Quant au second élément d'interprétation : *la chose, objet du contrat*, il est difficile d'expliquer autrement que par une inadvertance du législateur qu'il soit mentionné à propos de l'indivisibilité *solutione*, puisqu'il est le signe de l'indivisibilité absolue.

Nous pouvons donc résumer la théorie de la divisibilité de l'exception de garantie du tiers détenteur en ces termes : en principe, les juges ne devront admettre le tiers détenteur à opposer ce moyen de défense au créancier hypothécaire que dans la proportion où celui-ci représente l'aliénateur ; il examineront cependant au préalable, si l'obligation de garantie ne tombe pas tout entière à sa charge par suite de la détention d'immeubles affectés hypothécairement à cette obligation, ou si l'intention des parties de rendre la garantie indivisible pour l'aliénateur, ne s'induit pas, soit des termes du contrat d'acquisition, soit de la fin qu'on s'y est proposée.

(1) V. *supra*, p. 54.

CHAPITRE II

DE L'EXCEPTION A RAISON D'IMPENSES

L'obstacle que nous prévoyons sous cette rubrique à l'exercice du droit de suite des créanciers hypothécaires, consiste dans le droit, pour le tiers détenteur, de conserver la possession de son immeuble jusqu'à ce qu'il ait été désintéressé des impenses faites par lui à son occasion. C'est, en un mot, à propos de l'exercice de l'action hypothécaire, le droit de rétention à raison d'impenses tel qu'il existe à propos de l'exercice de l'action en revendication, de l'exercice de la pétition d'hérédité et de l'exercice de l'action contre un cohéritier soumis au rapport (art. 867).

Le code dans l'article 2175, pose le principe d'une indemnité en faveur du tiers détenteur qui a fait des impenses sur l'immeuble hypothéqué, mais il n'ajoute pas qu'elle doive s'exercer par le moyen du droit de rétention ; doit-on le lui accorder ? La réponse à cette question dépend évidemment de l'opinion qu'on adopte sur le point de savoir si le droit de rétention a la force et

l'étendue d'une règle générale, s'appliquant là même où il n'est pas expressément accordé; mais en supposant encore qu'on reconnaisse ce caractère au droit de rétention, il faudrait aussi examiner si les conditions ordinaires de son exercice se retrouvent dans le cas prévu par l'article 2175, 2^e partie. Aussi croyons-nous que la solution de cette question ne peut être cherchée que dans l'étude de la nature du droit conféré au tiers détenteur par l'article 2175.

Nous diviserons notre étude en trois paragraphes.

I. — Historique. — En quels termes se présente aujourd'hui la question du droit de rétention du tiers détenteur ?

II. — Nature du droit conféré par l'art. 2175, au tiers détenteur.

III. — Etendue de ce droit.

I. — *Historique. — En quels termes se présente aujourd'hui la question du droit de rétention du tiers détenteur ?*

Le droit romain reconnaissait au tiers détenteur qui avait fait des impenses sur la chose hypothéquée, le droit de la retenir à l'encontre du créancier poursuivant jusqu'à parfait paiement. La loi 29 (D. § 2. *De pign. et hyp.*) s'exprime en effet ainsi : « *Domus pignori data* » *exsuta est, eamque aream emit Lucius Titius, et extru-* » *xit : quæsitum est de jure pignoris ? Paulus respondit :*

» *pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli*
» *superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris ;*
» *sed bona fide possessores non aliter cogendos credito-*
» *ribus ædificium restituere, quam sumptus in extructione*
» *erogatos, quatenus pretiosiores facta est, reciperent*». —
« Une maison hypothéquée étant détruite, Lucius Titius en achète l'emplacement et la rebâtit ; qu'advient-il du droit d'hypothèque ? Paul répond que l'action hypothécaire devra continuer d'exister, mais que les possesseurs de bonne foi ne doivent restituer l'immeuble qu'autant qu'il sont indemnisés des frais de construction jusqu'à concurrence de la plus-value. »

Dans notre ancien droit français, la question était douteuse ; si la doctrine romaine trouvait des partisans dans Favre, Voet et Basnage (1), Loyseau (2), en accordant au tiers détenteur un privilège, lui refusait le droit de rétention. Voici en quels termes Pothier rapporte l'opinion de cet auteur : « Loyseau prétend que la loi 29, § 2. (D. *De pign. et hyp.*), qui accorde à ce débiteur le droit de retenir l'héritage jusqu'à ce remboursement, ne doit pas être suivie dans notre droit, et qu'on doit seulement lui accorder (au tiers détenteur) le droit d'être payé, à l'ordre, des impenses nécessaires, par privilège sur tout le prix, et des utiles, par privilège sur la plus-value du prix par rapport aux dites impenses... » et Pothier cherche à justifier cette opinion par la raison

(1) Voet. *Ad Pand. de rei vind.*, def 15. Basnage. *Hyp.* ch. XVI. Favre. *C.*, déf. 19, liv. 8, tit. 6.

(2) Liv. 6, ch. 9, n^{os} 12 et 13.

suivante : « La raison de différence entre le droit romain et le nôtre, est que, par le droit romain, un créancier n'avait pas le droit de vendre le gage avant qu'il eût satisfait les créanciers antérieurs ou plus privilégiés que lui ; mais suivant notre droit, le dernier créancier pouvant vendre le gage, ce détenteur, quoique privilégié pour ses impenses, ne peut se dispenser de délaisser au créancier l'héritage pour être vendu, sauf à ce détenteur à exercer, à l'ordre, son privilège sur le prix, pour les impenses qui lui sont dues. » (1).

Cette raison cependant ne semble pas l'avoir tout à fait convaincu, car nous le voyons éviter de se prononcer dans cette controverse ; des passages de son traité indiqueraient même qu'il est plutôt favorable à la théorie romaine. C'est ainsi que plus loin (n° 94), il dit : « Néanmoins, comme il ne serait pas juste que ce détenteur perdît ses impenses, si les frais du décret absorbaient le prix de l'héritage, je pense que, si le demandeur n'est pas condamné à lui rendre préalablement le prix de ses impenses, au moins il doit être condamné à lui donner caution que l'héritage montera à si haut prix qu'il en sera payé, sans encourir les risques d'aucuns frais de saisie et de criées. »

Et au n° 90 de son traité, il est encore plus affirmatif : « Le tiers détenteur ne peut être contraint de délaisser qu'il ne soit remboursé des impenses, ou du moins que le créancier ne lui donne caution de faire monter l'héritage à si haut prix, qu'il en soit remboursé sur le prix. »

(1) Pothier. *Tr. de l'Hyp.* n° 93.

Du reste, il importe moins de savoir si, dans les législations précédentes, il y eut plus ou moins d'hésitation à admettre le droit de rétention au profit du tiers détenteur, que d'établir un parallèle entre les conditions dans lesquelles ce droit s'exerçait, ou pouvait s'exercer alors, et celles dans lesquelles il devrait s'exercer aujourd'hui au cas où son existence serait reconnue. Il nous faut rappeler à ce propos les transformations que la législation actuelle a introduites dans l'exercice de l'action hypothécaire.

En droit romain, avons-nous vu, le créancier hypothécaire n'est pas sensiblement différent du créancier gagiste : c'est un créancier gagiste qui a, dans l'action hypothécaire, le moyen de se faire mettre en possession de son gage quand il le voudra. En poursuivant le tiers détenteur, il n'exerce qu'une « *vindicatio pignoris* », une revendication sur le droit de gage. Il en est de même dans l'ancien droit français où l'action hypothécaire tend aussi à obtenir du tiers détenteur « le délais de l'héritage. » (1).

Sous ces deux législations par conséquent, le créancier, par l'action hypothécaire, enlevait la chose à son possesseur comme aurait pu le faire un propriétaire la revendiquant; il en résultait que le détenteur opposait au créancier son droit d'être remboursé de ses impenses de la même façon qu'il l'opposait au véritable propriétaire de l'immeuble, c'est-à-dire au moyen d'une *exception* qui arrêta l'exercice de l'action hypothécaire.

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui : l'action hypothécaire

(1) V. *supra*, p. 11 et s.

n'a plus pour objet direct le *délaissement* du tiers détenteur, elle se confond avec la *saisie immobilière* qui, prise en elle-même, laisse la possession du bien entre les mains du tiers détenteur saisi ; il est dès lors impossible à ce dernier d'opposer à cette procédure le droit de rétention, qui implique précisément que l'adversaire conclut à la dépossession. Nous avons bien, il est vrai, reconnu au tiers détenteur la faculté d'opposer l'exception de garantie au créancier hypothécaire dès le début de la poursuite, mais les conditions d'exercice de l'exception de garantie et du droit de rétention ne sont pas identiques : l'exception de garantie pour être opposée n'exige qu'un simple trouble ; le droit de rétention, comme son nom l'indique, ne peut être opposé qu'à la prétention de déposséder. Or, si la poursuite hypothécaire est, dès la sommation de payer ou de délaisser, une cause de trouble pour le détenteur, elle ne tend à ce qu'il soit dépossédé que dans sa dernière partie, lorsque l'adjudication ayant eu lieu, l'adjudicataire veut se mettre en possession de l'immeuble.

Si donc, au cours de cette étude, nous sommes amené à reconnaître au profit du tiers détenteur un droit de rétention pour ses impenses, il est bien entendu qu'il ne l'exercera pas contre le créancier poursuivant, mais contre l'adjudicataire voulant faire acte de propriétaire et de possesseur. En résumé, le droit de rétention ne sera plus aujourd'hui ce qu'il était auparavant, un obstacle direct à l'exercice du droit de suite du créancier hypothécaire ; il n'influera sur l'action de celui-ci que d'une façon indirecte, par ricochet pour ainsi dire.

Ces idées que M. Planiol a signalées dans son Précis de Droit Civil, tome II, n° 3222, page 964 (1) n'avaient pas, jusqu'à lui, été dégagées et mises en lumière. A peine si on en retrouve la trace incidemment dans un attendu du jugement du tribunal civil d'Angoulême du 13 août 1877, ainsi conçu : « Attendu qu'en supposant même que ce droit de rétention puisse être exercé, il ne serait point un obstacle à la validité de la surenchère ; qu'il autoriserait seulement l'acquéreur surenchéri à refuser la mise en possession du nouvel acquéreur, jusqu'au règlement de l'indemnité à lui due à raison de la plus-value donnée à l'immeuble qu'il détient... » (2). On peut dire que la négligence de la doctrine à s'expliquer sur ce point n'a pas peu contribué à augmenter la confusion qui règne sur l'interprétation de l'article 2175 ; des auteurs raisonnent même comme s'ils croyaient que le droit de rétention est opposé au créancier hypothécaire en personne, ainsi M. Troplong, *Priv. et Hyp.*, III. n° 836, M. Grivel, *Rev. pratique*, 77, n° 49, p. 468.

La question du droit de rétention du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué se présente sous la forme que nous venons d'exposer, aussi bien quand l'adjudication de l'immeuble est l'issue, le couronnement d'une saisie pratiquée par le créancier hypothécaire, que quand elle est la conséquence d'une surenchère portée par un créancier en réponse aux notifications à fin de purge du tiers détenteur. C'est même sous ce dernier aspect que

(1) V. aussi n° 3262.

(2) D. 82. I. 168. S. 82. I. 257.

la difficulté s'est présentée dans les arrêts de jurisprudence les plus récents : Limoges, 24 avril 1869. — Toulouse, 30 mai 1873. — cassation, 14 novembre 1881. Dans les deux cas, la solution doit être la même.

II.—*Nature du droit conféré par l'article 2175
au tiers détenteur pour ses impenses et améliorations*

L'article 2175 est ainsi conçu : « *Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité ; mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration* ».

Ce texte suscite une première controverse sur laquelle il est nécessaire de prendre parti pour la clarté des observations ultérieures : quel tiers détenteur vise-t-il ? quel tiers détenteur doit répondre des détériorations apportées à l'immeuble et doit profiter des améliorations ? suffit-il qu'il possède l'immeuble à un titre quelconque ? qu'il l'ait acquis *a non domino*, ou qu'il soit l'ayant-cause légitime du débiteur ancien propriétaire ?

Il n'y a pas de distinction à faire entre les deux situations, soutient une opinion, la disposition de l'art. 2175 est de même nature que celle de l'art. 555, elle y apporte

une seule modification, en ce que le tiers détenteur, à la différence du possesseur de mauvaise foi de l'art. 555, ne peut répéter contre les créanciers inscrits que la plus-value de ses impenses ; mais cette modification n'a aucune influence sur la qualité du titulaire de ce droit. L'article 2175 a donc seulement pour effet de limiter à la plus-value qu'a acquise l'immeuble, l'indemnité pour impenses tant des possesseurs de bonne et de mauvaise foi de l'article 555, que des ayants-cause de l'ancien propriétaire.

Nous croyons au contraire, que l'article 2175 doit être nettement distingué de l'article 555, et que ces deux textes visent chacun des possesseurs d'immeubles à des titres différents : le premier, le possesseur qui a acquis l'immeuble hypothéqué de son propriétaire ; le second, le possesseur dont le titre d'acquisition (qu'il le sache ou non) n'émane pas du véritable propriétaire. Nous sommes amené à faire cette distinction pour rester en conformité avec la doctrine que nous avons adoptée dans notre Introduction relativement aux tiers détenteurs contre lesquels il y a lieu d'exercer le droit de suite de l'hypothèque (1). Nous avons vu alors avec M. Thézard, que les seuls tiers détenteurs soumis à l'exercice de ce droit sont « tous ceux qui ont acquis soit du constituant, soit des acquéreurs du constituant, et ainsi de suite, soit la propriété de l'immeuble hypothéqué, soit une partie divise ou indivise de cette propriété, soit un droit quelconque susceptible de la diminuer. » La controverse qui se présente à l'occasion de l'article 2175

(1) V. p. 15 *in fine* et 16.

n'est en somme qu'une des faces de cette question plus générale, puisque la place qu'occupe cet article indique suffisamment qu'il s'agit de l'exercice du droit de suite. Il est donc tout naturel que nous nous référions à la solution déjà donnée dans notre Introduction. Nous rappellerons aussi que, contre les possesseurs de bonne et mauvaise foi, ce n'est pas l'action hypothécaire que le créancier doit intenter, mais une action en revendication en vertu de l'article 1166, du chef du véritable propriétaire, son débiteur (1).

(1) Toutes ces idées ont été parfaitement mises en relief par un arrêt de la cour de Bruxelles du 3 juin 1883 (D. 86. II. 174) : « Attendu que l'article 103 (de la loi belge du 16 décembre 1851 reproduisant l'art. 2175 du Code civil français) ne vise que le tiers détenteur qui n'a que la possession du bien grevé du privilège ou de l'hypothèque ; que cela résulte à l'évidence de l'ensemble du chapitre dans lequel cet article est placé et du but que le législateur avait en vue en le rédigeant.

Attendu que ce but était de déterminer le droit de suite et ses conséquences, ce qui suppose le cas de l'aliénation du bien par le débiteur originaire ; qu'aussi longtemps, en effet, que le droit du propriétaire débiteur subsiste et peut être rétabli dans son intégrité, nonobstant un trouble ou une interruption momentanée, soit à l'aide des actions possessoires, soit par la revendication, il ne peut être question d'invoquer le droit de suite, le créancier pouvant au besoin recourir à la faculté que lui donne l'art. 1166 du code civil pour faire rentrer le bien aux mains de son débiteur ; qu'à plus forte raison la loi n'a pas pu dans ce chapitre, envisager l'hypothèse d'une détention de l'immeuble grevé par un tiers dont le titre n'est pas opposable aux créanciers inscrits.

Attendu que si l'article 103 susvisé avait eu pour objet de régler la situation du créancier privilégié ou hypothécaire vis-à-vis d'un simple possesseur du bien affecté à la garantie de sa créance, il n'aurait pas manqué d'établir la distinction qui s'impose en cette matière, entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi ; que s'il ne l'a pas fait, c'est précisément parce que la pensée des rédacteurs ne s'appliquait qu'au détenteur à qui la propriété de l'immeuble avait été transmise...

V. aussi Aubry et Rau. III. § 287 p. 736 note 55 *bis*.

Cette question préjudicielle étant élucidée, nous devons maintenant nous attacher à l'étude de la nature du droit conféré au tiers détenteur dans l'article 2175 2^{me} partie, et arriver par cette étude à résoudre la question du droit de rétention du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué.

Un premier système s'appuyant sur l'autorité de Loyseau et de Pothier, soutient que le droit du tiers détenteur de répéter ses impenses et améliorations s'exerce par voie de privilège sur le prix de l'immeuble : l'hypothèque frappe sur les améliorations comme sur l'immeuble pris en lui-même, il faut donc que le droit de suite de l'hypothèque exerce aussi son influence sur elles et qu'elles soient vendues avec le fonds : le tiers détenteur pour ses améliorations jouira d'un droit de créance sur le prix de l'immeuble ; or, d'après M. Troplong, partisan de ce premier système : « il est évident que l'article 2175, en donnant au tiers détenteur une répétition pour sa plus-value au moment où la chose a été vendue et le prix distribué, a été rédigé dans des idées de préférence sur ce prix qui sont d'accord avec le système de Loyseau et de Pothier. Cette préférence est inhérente à la plus-value » (1). Ainsi, ce système a l'avantage de concilier les intérêts du tiers détenteur et des créanciers hypothécaires.

Il a été surtout en honneur dans la doctrine du commencement du siècle dernier (2) ; on l'opposait au

1) Troplong. *Priv. et Hyp.* III. n° 836.

(2) Persil. *Reg. hyp.* II. art. 2175, n° 6. Grenier. *Hyp.* II. p. 85. Troplong. *loc cit.*

système du droit de rétention qu'avaient soutenu MM. Tarrible et Battur (1). La jurisprudence n'offre qu'une décision vraiment fondée sur ces principes, l'arrêt de la cour de cassation du 11 novembre 1824 (*D. Rep. v° Priv. et Hyp.* n° 460) qui rejette un pourvoi basé sur la violation des articles 2103 et 2175 par la cour d'Orléans qui, le 22 mai 1823, avait colloqué le tiers détenteur pour le montant de ses impenses et frais. Il ne faut évidemment pas invoquer en faveur de ce système des décisions qui consacrent le système du droit de distraction dont nous parlerons plus loin, ainsi que l'a fait M. Troplong pour l'arrêt de la cour de Turin de 1810.

Prévoyant l'objection qu'on aurait pu tirer de ce que dans notre droit actuel il n'y a pas de privilège sans un texte formel, les partisans de cette opinion s'efforçaient de rattacher ce privilège du tiers détenteur au privilège accordé par l'article 2103-4° aux architectes et entrepreneurs sur la plus-value apportée par leurs travaux à l'immeuble.

Cette raison ne fait perdre à l'objection rien de sa force, car l'assimilation est inexacte ; il n'est pas possible en effet, de comparer le cas du tiers détenteur qui a fait des améliorations dans son intérêt exclusif et comme propriétaire, à l'hypothèse des architectes et des entrepreneurs, qui ont travaillé en vertu d'un contrat pour le compte du propriétaire. La cour de cassation le

(1) Tarrible. *Rep. v° Privilège*. Battur, III, n° 491.

28 novembre 1838, a repoussé l'assimilation de l'article 2175 à l'article 2103-4° (1).

Quand bien même la raison tirée du silence des textes serait considérée comme insuffisante pour faire écarter ce système, nous croyons cependant qu'un tel privilège ne répond pas à la situation du tiers détenteur qui a amélioré l'immeuble hypothéqué. Ce privilège se rattache nécessairement à une créance du tiers détenteur : *contre qui?*... En l'admettant à faire sa demande en collocation sur le prix de l'adjudication dans la procédure d'ordre, les partisans de cette théorie sous-entendent que le tiers détenteur exerce une créance *contre le débiteur des créanciers hypothécaires*. Pour notre part, nous ne verrions là rien d'anormal, car il est certain que *le débiteur des créanciers hypothécaires* est aussi *débiteur du*

(1) D. Rep., v° Priv. et Hyp. n° 459. — J. du Pal. 38. II. 655.

L'arrêt de la cour de cassation confirmait un arrêt de la cour d'appel d'Angers du 14 janvier 1837, lequel avait adopté les motifs d'un jugement du tribunal de cette ville rendu le 29 avril 1836. Le tribunal se fondait d'abord, sur ce que en général les auteurs et la jurisprudence attribuent au tiers détenteur, sur les améliorations qu'il a faites, non seulement une créance privilégiée, mais même un droit réel de propriété; il ajoutait l'attendu suivant : « Attendu que, par ce motif, la loi ne l'a pas assujetti à remplir les formalités auxquelles elle soumet les ouvriers qui travaillent pour le compte d'autrui; que d'ailleurs, par la force des choses, il ne peut être astreint à prendre les mesures de précaution prescrites par l'article 2103, puisque son droit de répétition ne naît qu'au moment où il s'agit de l'exercer, c'est-à-dire lorsqu'il délaisse l'immeuble hypothéqué, que jusque là, il a agi et pu agir comme propriétaire; qu'il a pu ignorer les causes d'éviction dont il était menacé ou espérer, si la propriété qu'il détenait était grevée d'hypothèques, qu'un jour son vendeur la rendrait libre entre ses mains...

tiers détenteur, puisqu'il profite de ce que l'immeuble donné par lui en gage à ses créanciers est amélioré et augmenté; mais nous contestons formellement qu'une sûreté réelle comme une hypothèque privilégiée, ait pu affecter l'immeuble *du fait de cette créance du tiers détenteur*. Une des règles fondamentales en matière de sûretés réelles, qu'elles soient établies par la convention ou par la loi, c'est qu'elles doivent affecter, *au moment où elles naissent, un bien du débiteur* (à moins qu'elles n'aient été consenties par un tiers étranger à la dette, qui joue alors le rôle de caution réelle). Abstraction faite de cette dernière hypothèse, elles pourront, il est vrai, une fois constituées, grever des biens qui n'appartiennent plus au débiteur, parce qu'il s'en est dessaisi, mais c'est là un effet du droit de suite qui n'infirmes pas notre règle et qui la suppose au contraire.

Si nous essayons d'adapter ces principes au système qui, dans l'ancien droit et de nos jours, accorde au tiers détenteur une créance privilégiée pour ses impenses sur l'immeuble hypothéqué, nous voyons que le contact ne peut s'établir, car *au moment de la naissance* de la créance du tiers détenteur à raison de ses impenses, le bien que l'on voudrait affecter par privilège à sa garantie, n'est plus dans le patrimoine *du prétendu débiteur des impenses*, mais dans le patrimoine *du titulaire de la créance*.

Au point de vue théorique, par conséquent, le privilège du tiers détenteur pour ses impenses, ne peut se justifier, puisqu'il grève un bien qui, *au moment de la naissance de la créance, n'est pas dans le patrimoine du débiteur*.

Du reste l'article 2175, tel qu'il est rédigé ne peut être interprété comme se référant à une créance du tiers détenteur *contre le débiteur*, il implique plutôt qu'il s'agit de régler les rapports du tiers détenteur *avec les créanciers*. M. Mourlon, à ce sujet, s'est exprimé ainsi : « Deux hypothèses sont prévues dans ce texte : dans la première, la loi, supposant que le tiers détenteur a détérioré l'immeuble au préjudice des créanciers hypothécaires, le soumet, à raison du dommage qu'il leur a causé, à une action en indemnité ; cette indemnité, cela n'est douteux pour personne, est due aux créanciers hypothécaires. Dans la seconde espèce, le rapport est le même, mais en sens inverse. Le tiers détenteur a fait des améliorations sur l'immeuble ; ces améliorations ont profité aux créanciers hypothécaires, dans la limite de la plus-value qu'elles ont créée. Or, de même qu'il doit les indemniser quand il leur a, par son fait, causé un préjudice, de même ils doivent lui tenir compte de ses impenses quand elles ont augmenté la valeur de leur gage. Et ce qui prouve bien d'ailleurs qu'il s'agit ici d'un rapport entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires, c'est que sa créance est renfermée dans les limites de la plus-value que ses améliorations ont produite. Dans ses rapports avec son vendeur, cette limite n'a plus lieu, l'acheteur a, en effet, droit à toutes ses impenses, quoique supérieures à la plus-value qu'elles ont créée (1) (art. 1634). »

(1) Mourlon. *Exam. du Comment. de M. Troplong sur les Priv.*, II n° 232.

Ce second système, en interprétant l'article 2175 en ce sens, tend à refuser au tiers détenteur toute sûreté, toute garantie spéciale pour la poursuite de son droit. Sans doute, en face *des créanciers hypothécaires*, le détenteur n'a rien à craindre puisqu'il est *leur propre créancier*; sa situation n'est défavorable que quand il se trouve en présence *des créanciers* des créanciers hypothécaires; il devra subir leur concours puisqu'il n'est que créancier chirographaire; c'est ce qu'ajoute M. Mourlon: « Le tiers détenteur est donc créancier des créanciers hypothécaires de la somme que lui assigne l'article 2175, créancier ordinaire, ou simplement chirographaire, puisque aucune garantie spéciale ne lui a été accordée par la loi. Telle est sa position: les créanciers hypothécaires sont ses débiteurs, il est leur créancier. Or s'il n'a de son chef, aucun droit réel sur l'immeuble qu'il a été obligé de délaisser, et par conséquent sur le prix en provenant, il y peut prétendre du chef de ses débiteurs, conformément au principe de l'article 1166. De là pour lui, le droit de faire une saisie-arrêt entre les mains de l'adjudicataire, jusqu'à concurrence du montant des sommes que lui doivent les créanciers hypothécaires ses débiteurs; mais comme le même droit de saisie appartient également aux autres créanciers des créanciers hypothécaires, le prix qu'il a saisi et arrêté devra être partagé au marc le franc entre lui et les autres créanciers saisissants (1). »

(1) Mourlon, *loc. cit.*

Ne voir, ainsi que le fait M. Mourlon, dans l'action en répétition de l'article 2175 que l'exercice d'un simple droit de créance du tiers détenteur contre les créanciers hypothécaires, c'est, selon nous, envisager la question sous un point de vue trop restreint. Sans doute ce texte vise bien les rapports du tiers détenteur avec les créanciers, mais en ce sens que le premier a le droit de *distraindre* du prix de l'immeuble, après l'adjudication, la somme représentant la plus-value créée par ses améliorations. Ainsi, la valeur de ces améliorations échappe tant aux créanciers inscrits qu'à leurs propres créanciers personnels. Cette théorie du *droit de distraction* du tiers détenteur a été dégagée par la jurisprudence qui l'a appliquée la première fois en 1810 (Turin 30 mai) (1). Elle s'en est inspirée dans les espèces qui se sont présentées postérieurement, et notamment le 2 février 1846 (Bastia), le 3 février 1851 (Bourges), le 26 décembre 1873 (Paris), le 14 novembre 1881 (cassation), et le 2 août 1886 (cassation) (2).

Ce système est le résultat de la combinaison des articles 2133 et 2175 : il voit dans l'article 2175 le complément nécessaire de l'article 2133 : « *L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.* » En ces termes absolus, ce texte ne distingue pas si les améliorations sont l'œuvre

(1) (S. 3. II. 282). D. Rep. v° Priv. et Hyp., n° 1948.

(2) S. 48. II. 10. D. 46. II. 109. — S. 52. II. 425. D. 55. II. 16. — S. 74. 2. 20. P. 74. 196. — S. 82. I. 257. D. 82. 1. 168. — D. 87. I. 293.

du débiteur lui-même, ou de celui à qui il a aliéné l'immeuble et qui en est encore détenteur au moment de la poursuite ; n'y a-t-il cependant pas lieu de séparer les deux espèces ? Si, dans le cas où le propriétaire de l'immeuble est le *débiteur* de la dette, il est naturel de supposer que, par les améliorations qu'il a faites, il a entendu aussi bien agir dans l'intérêt des créanciers hypothécaires en augmentant leur gage, que dans son intérêt propre, il est au contraire peu vraisemblable, dans le cas où il est un *tiers* étranger à la dette, qu'il ait été influencé par la première préoccupation : l'augmentation du gage de ces créanciers. Cette augmentation, de sa part, se rattacherait à l'idée d'un cautionnement réel, puisqu'il n'a pas la qualité de *débiteur*, or, bien qu'on puisse alléguer qu'il a connu le droit réel dont était grevé l'immeuble, cela est insuffisant pour faire présumer chez lui la volonté de souscrire à un tel engagement. Lors donc que le fonds hypothéqué appartient à un tiers non obligé à la dette, qui l'a amélioré, on peut distinguer dans ce fonds, d'une part *le gage primitif* des créanciers hypothécaires, d'autre part les améliorations qui constituent *la propriété libre* de ce détenteur. Malheureusement cette distinction, qui peut se faire au point de vue intellectuel, est irréalisable dans son application pratique : l'action hypothécaire aboutit à l'adjudication, et l'adjudication doit nécessairement comprendre l'immeuble dans son ensemble, avec toutes ses améliorations ; au point de vue matériel, elles s'y adaptent, elles s'y incorporent de manière à former avec lui un tout indivisible ; quand bien même elles seraient,

de leur nature, susceptibles d'être séparées du fonds, il faudrait encore considérer que cette scission entraînerait presque fatalement une dépréciation du bien par rapport à la valeur qu'il avait avant qu'elles ne fussent faites. En d'autres termes la maxime : « *Accessorium sequitur principale* » reçoit nécessairement ici son application pleine et entière, et l'article 2133, dans ses termes absolus, ne fait que la constater.

Mais si, au point de vue pratique et à cause de cette dernière règle, le droit de propriété du détenteur ne peut s'affirmer sur les améliorations *en nature*, et si son droit doit alors s'effacer devant le droit des créanciers, rien n'empêche le tiers détenteur de faire acte de propriétaire sur la partie du *prix* qui représente les améliorations (1), puisque ce prix est susceptible de division, et c'est, croyons-nous, l'article 2175 qui, sous l'appellation fort générale d'*action en répétition* reconnaît cette faculté au tiers détenteur.

On comprend alors en quoi ce texte sert de complément à l'article 2133 ; il ne conteste pas que l'action

{1} « Quoique cette distraction ne puisse avoir lieu sur la maison dont il s'agit, pour les inconvénients qui pourraient en dériver d'un partage quelconque, il est certain qu'elle doit s'opérer sur le prix d'icelle qui résultera de l'adjudication définitive, et d'après les preuves et renseignements que Gilardini fournira des augmentations et améliorations par lui proposées, ce sera aux experts qui sont nommés, à établir quel sera le vrai montant de la plus-value de la maison en question, résultante des améliorations susdites, et quelle devra, en conséquence, être la portion du prix de la maison susdite, qui devra être distraite au profit de Gilardini, pour le remboursement des impenses et améliorations qu'il réclame. » (Turin. 30 mai 1810, précité).

hypothécaire s'étende aux améliorations qui viennent du tiers détenteur lui-même, mais il revendique pour celui-ci la faculté d'exercer son droit de propriété sur la partie du prix représentant les améliorations.

« La valeur de l'immeuble devra donc être divisée, conclut M. Grivel, la portion du prix représentant l'immeuble tel que l'a acquis le tiers détenteur, indépendamment de toute amélioration, devra appartenir aux créanciers hypothécaires, tandis que la portion du prix correspondant à la mieux value appartiendra au tiers détenteur. » (1).

En résumé, voici quelle est la situation après l'adjudication : l'immeuble est remplacé dans le patrimoine du tiers détenteur par la créance du prix contre l'adjudicataire ; en vertu de la saisie, cette créance est attribuée aux créanciers hypothécaires pour la partie du prix correspondant à la valeur de l'immeuble diminuée de la plus-value provenant des améliorations, quant à cette plus-value, elle doit revenir nécessairement au tiers détenteur propriétaire.

Il n'est pas douteux pour nous que le prix auquel l'immeuble a été adjugé, ne comprenne la valeur des améliorations créées par le tiers détenteur : l'adjudicataire achète l'immeuble non pas comme il se trouvait au moment où il est tombé aux mains du tiers détenteur, mais tel qu'il lui est apparu au jour de l'adjudication, il l'achète « *cum omni causa* ».

(1) *Rev. prat.* 1877, p. 471, n° 22.

Lorsque l'adjudication est la suite, non pas d'une action hypothécaire intentée par le créancier, mais de la procédure de purge, et qu'elle est la conséquence d'une surenchère du dixième portée par l'un des créanciers hypothécaires, il faut encore dire que le prix d'adjudication représente la valeur de l'immeuble avec toutes ses améliorations et tous ses accessoires, et en voici les raisons. Quand le tiers détenteur fait aux créanciers inscrits les notifications à fin de purge, le prix qu'il leur offre ne comprend certainement pas la plus-value résultant de ses améliorations sur l'immeuble, il doit en effet tenir ce raisonnement : la purge est destinée en principe à procurer aux créanciers inscrits le même avantage que s'ils avaient exercé l'action hypothécaire et fait vendre l'immeuble, il faut donc que je leur offre une somme équivalente au prix que l'adjudication sur saisie eut produit, or, de ce prix d'adjudication, j'aurai pu déduire la valeur de mes améliorations, je puis, par conséquent, la déduire dès maintenant de ma soumission ; à quoi bon offrir la valeur de l'immeuble amélioré puisque, lors de la distribution du prix par voie d'ordre, je pourrai en distraire la plus-value à mon profit exclusif ? n'est-il pas plus naturel, plus simple, de ne pas en tenir compte dès le début de la procédure ? Si à cette offre, l'un des créanciers répond par une surenchère du dixième, il devra, avant de prendre ce parti, tenir aussi de son côté le raisonnement suivant : la surenchère n'est valable que si elle est au moins du dixième du prix offert par le tiers détenteur, or si, dans ce prix, n'est pas comprise la plus-value résultant des amélio-

rations, il faut cependant remarquer que l'adjudication sur surenchère portera sur l'immeuble tout entier, sans faire abstraction des améliorations : le prix qu'il sera vendu comportera donc leur valeur qui sera attribuée au tiers détenteur ; pour que j'ai des raisons sérieuses de la provoquer, il faut que ma surenchère du dixième suffise largement à indemniser le détenteur de ses améliorations, et en même temps à me rembourser de ma créance. En d'autres termes, le montant de mon enchère doit être *supérieur* au prix offert par le détenteur majoré de la plus-value résultant des améliorations, autrement je dépasse le tiers détenteur, sans profit pour les autres créanciers hypothécaires et pour moi, qui ne devons toujours venir que sur le prix diminué de la plus-value. Si, comme nous le pensons, ces raisonnements sont justes, on doit les sous-entendre dans toute surenchère du dixième. Il est donc vrai de dire que, même quand l'adjudication est la suite d'une surenchère dans la procédure de purge, le prix comprend la plus-value résultant des améliorations ; c'est l'opinion qui prévaut dans la doctrine et la jurisprudence (1).

La manière dont nous l'avons présentée réfute l'avis intermédiaire d'Aubry et Rau, qui soutiennent que l'acquéreur serait tenu du paiement de la plus-value, s'il était resté adjudicataire pour *le montant de sa soumission*, mais que si les enchères avaient porté l'immeuble à un prix *plus élevé*, il n'en serait plus tenu,

(1) Laurent, XXXI, p. 282, n° 309. — Paris, 26 décembre 1873. (S. 74. II. 20). Cassation, 14 nov. 1881. (S. 82. I, 257).

cette plus-value restant à la charge des créanciers, au moins jusqu'à concurrence de l'excédent du prix d'adjudication sur le taux de la soumission du surenchérisseur (1). Du raisonnement que nous avons attribué au créancier surenchérisseur, il faut au contraire conclure que *même si le bien lui est adjugé*, il n'y a pas lieu pour lui de payer la plus-value en sus de son prix, puisqu'il a dû tenir compte de cette plus-value dans le taux de sa surenchère.

Que l'adjudication ait lieu à la suite de la poursuite hypothécaire ou d'une surenchère du dixième, les observations que nous venons de formuler, nous incitent à regarder le prix de l'immeuble comme dans une sorte *d'indivision* entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires. La procédure d'ordre sera pour cette indivision ce que le partage est pour l'indivision ordinaire : le tiers détenteur y interviendra pour faire estimer la plus-value et en distraire le montant du prix total ; cela lui est d'autant plus facile qu'il est invité à prendre part à toutes les opérations de la procédure et à présenter ses observations à diverses reprises (C. pr. civ. art. 751, 755, 767) (2). Cette procédure aboutira à lui faire délivrer un bordereau de collocation contre l'adjudicataire ou contre la Caisse des dépôts et consignations, au moyen duquel le montant de la plus-value lui sera payé.

(1) Aubry et Rau. III. § 294. p. 890.

(2) Art. 751, Convocation à l'essai de règlement amiable. — Art. 755, Dénonciation de l'état provisoire de collocation. — Art. 767, Dénonciation de l'ordonnance de clôture.

Il en sera du moins ainsi toutes les fois qu'aucun droit d'hypothèque ne grève l'immeuble du chef du *tiers détenteur lui-même* ; dans le cas contraire, la partie du prix représentant la plus-value sera attribuée à ses créanciers hypothécaires, à l'exclusion des créanciers ayant sur l'immeuble des hypothèques *du chef du débiteur* de la dette. Cette solution n'est que l'application du principe que nous avons établi, que la plus-value forme le gage exclusif du tiers détenteur, gage qu'il peut grever de droits réels (1) ; il est tout naturel d'ailleurs que ses créanciers soient colloqués dans cette procédure d'ordre, car l'article 2177 alinéa 2 les admet bien sur le prix de l'immeuble quand tous les créanciers inscrits du chef du débiteur ont été payés, et qu'il reste un excédent.

Lorsque le bordereau de collocation est délivré au nom du tiers détenteur, l'interprétation que nous donnons du droit à lui conféré par l'art. 2175, se rapproche par ses effets, du système que nous avons exposé en premier lieu et d'après lequel le détenteur serait pourvu d'une créance privilégiée (2) ; certains auteurs et certains arrêts vont même jusqu'à prendre quelquefois les deux systèmes l'un pour l'autre.

Même au point de vue de leurs effets, les deux systèmes se différencient cependant fort nettement. D'après les partisans du système de la *créance privilégiée*, le tiers détenteur ne peut demander le paiement de la plus-value dans *que* l'ordre ouvert sur le prix ; au

(1) Grivel. *loc. cit.* n° 34.

(2) Guillouard. *Dr. de Rétenion*, n° 95, p. 414 *in fine*.

contraire, si on admet le tiers détenteur à exercer un véritable droit de propriété sur une portion du prix, il n'est pas nécessaire, en principe, qu'il attende la procédure d'ordre : cette procédure, en effet, ne s'applique d'une façon obligatoire qu'à la répartition du prix entre les créanciers privilégiés et hypothécaires (1). La plus-value revenant au tiers détenteur *comme sa propriété* n'est pas rigoureusement soumise à cette procédure, et il faut reconnaître par suite au tiers détenteur la faculté d'exercer son droit sur elle *par tous les moyens possibles*, même en dehors de cette procédure. Il n'en serait autrement que si la plus-value devait être attribuée à des créanciers qui ont hypothèque sur le fonds *du chef du tiers détenteur*.

Ce sont les divers moyens que peut employer le tiers détenteur, en dehors de la procédure d'ordre, pour mettre fin à l'indivision du prix entre lui et les créanciers hypothécaires que nous devons maintenant étudier.

En premier lieu, le tiers détenteur peut-il, au cours de la poursuite hypothécaire et avant l'adjudication, faire fixer la plus-value au moyen d'une expertise ?

On l'a contesté en disant que la plus-value étant la différence entre le prix de la première vente et celui de l'adjudication, elle ne pourra être connue qu'après l'adjudication (2). Mais s'il en était ainsi, comment

(1) Garsonnet. *Procédure, Voies d'exécution*, n° 282.

(2) Encensens, Cass. 29 juillet 1819. (S. 20. I. 95. D. v° *Rep. Priv. et Hyp.* n° 1955). Orléans 19 juillet 1843. (P. 43. II. 458). Paris 26 déc. 1873. (S. 74. II. 20. P. 74. 196). Cass. 14 nov. 1881. (D. 82. I. 168. S. 82. I. 257) — *Contra* : Toulouse 30 mai 73. (S. 73. II. 301. P. 73. 1241).

calculer la plus-value quand le tiers détenteur a acquis l'immeuble à titre gratuit, ou quand il l'a acquis en échange d'un prix de convenance et d'affection, et par suite inférieur à la valeur réelle : si la plus-value était la différence entre ce prix et celui de l'adjudication, elle ne correspondrait plus aux améliorations apportées à l'immeuble, et les dépasserait. Dans un autre ordre d'idées, le procédé d'évaluation par la différence entre les deux prix ne donnerait pas toujours satisfaction au détenteur : supposons que, malgré les améliorations qu'il a créées, l'immeuble se soit détérioré considérablement par suite de circonstances tout à fait accidentelles, de sorte que le prix d'adjudication soit porté à une somme égale ou inférieure au prix de la première acquisition ; si la différence de prix entre ces deux aliénations devait constituer nécessairement la plus-value due au tiers détenteur, celle-ci n'existerait pas, cependant le tiers détenteur a fait des impenses et créé des améliorations sur l'immeuble.

Il semble donc bien que la plus-value ne doive pas être dégagée du prix global par cette simple opération mathématique, mais par le moyen d'une expertise qui pourra avoir lieu même avant l'adjudication, puisque le prix d'adjudication n'est pas nécessairement l'un des termes de la fixation de la plus-value.

L'expertise sera demandée le plus souvent par le tiers détenteur, afin de faire insérer dans le cahier des charges une clause destinée à obliger l'adjudicataire à lui payer *directement* le montant de la plus-value. On ne saurait contester au tiers détenteur le droit de faire insérer

cette clause dans le cahier des charges, elle est conforme au droit que nous lui avons reconnu sur la plus-value. D'un autre côté, une telle clause, loin de nuire aux intérêts des créanciers hypothécaires, leur est au contraire des plus favorables : elle a pour effet de faire monter les enchères, les amateurs, grâce à elle, sont à même de se décider en connaissance de cause, ils ne sont pas retenus par l'incertitude qu'engendre sur l'issue de l'adjudication, l'opinion des auteurs et de la jurisprudence qui admet que la plus-value n'est pas comprise dans le prix d'adjudication. Les créanciers hypothécaires, loin de s'opposer à l'insertion d'une telle clause dans le cahier des charges, trouvent même dans l'intérêt qu'elle présente pour eux, le droit de la provoquer si le tiers détenteur l'a omise.

Du reste, ce n'est généralement pas dans l'hypothèse de la poursuite hypothécaire aboutissant à l'adjudication que ce droit est contesté au détenteur, mais plutôt quand sur les notifications à fin de purge faites par lui, une surenchère du dixième est intervenue, et qu'il veut exercer ce droit au cours de l'instance en validité de la surenchère.

Pourquoi, objecte-t-on, opposerait-il le droit de faire insérer une clause relative à la plus-value, à l'instance en validité de la surenchère ? est-ce là une défense à cette action ? L'article 2175 n'implique-t-il pas que la plus-value doit être réglée *contradictoirement* avec tous les créanciers privilégiés et hypothécaires, que par conséquent, le créancier surenchérisseur ne peut être

regardé comme leur représentant, surtout dans une question où il s'agit de porter atteinte à leur gage ?

Nous venons de voir en quoi l'insertion d'une clause relative aux améliorations dans le cahier des charges, était à tous points de vue favorable aux créanciers ; si du reste le surenchérisseur s'entendait avec le détenteur pour majorer le chiffre de la plus-value, les créanciers auraient la liberté de protester contre cette fraude et de l'établir par tous les moyens possibles, ils ne sauraient être liés par elle. On ne peut donc dire que le créancier surenchérisseur, en représentant les autres créanciers hypothécaires, porte atteinte à leurs droits.

On ne peut, d'autre part, contester que ceux-ci aient été représentés valablement par le surenchérisseur dans le débat relatif à la fixation de la plus-value. La surenchère qu'il a faite leur profite, elle est présumée proposée dans leur intérêt commun, si bien qu'aux termes de l'article 2190 il ne pourrait pas abandonner les poursuites à fin de surenchère sans le consentement des autres créanciers, et que, suivant l'article 833 du Code de procédure civile, tous les créanciers inscrits ont le droit de subrogation aux poursuites en cas de négligence, de fraude ou de collusion de la part du créancier surenchérisseur.

Nous ne faisons d'ailleurs aucune difficulté d'admettre que la réclamation du tiers détenteur n'est pas une défense à la demande en validité de surenchère. Elle survient au cours de cette instance comme une *demande incidente* soulevée naturellement par ces considérations d'une part, que le tiers détenteur peut

faire fixer son droit à la plus-value avant l'adjudication, que le meilleur moyen pour lui d'obtenir satisfaction c'est de faire insérer une clause à cette effet dans le cahier des charges, et que d'autre part le créancier surenchérisseur est son contradicteur naturel et nécessaire (1).

Dira-t-on maintenant que les articles 2185 et 2188 ne mettant à la charge du renchérisseur que des obligations déterminées, l'obliger à payer le montant des améliorations indépendamment du prix et du dixième en sus, c'est ajouter à la loi et modifier les conditions de l'adjudication?

(1) La cour de Toulouse le 30 mai 1873 (D. 74. II. 188) s'est inspirée de ces arguments : « Attendu que les mariés Hérail ont demandé subsidiairement à répéter les impenses par eux faites sur la maison qui fait l'objet de la surenchère, et qu'ils prétendent avoir acquis par ces impenses une plus-value qui doit leur être rendue en cas de dépossession ; qu'ils ont conclu à ce que cette plus-value fut appréciée par experts ; que c'est à tort que leurs conclusions ont été repoussées en l'état de la cause, par le motif que les créanciers hypothécaires qui sont les contradicteurs naturels d'une pareille demande, n'étaient pas présents pour la discuter, qu'en effet, les époux Hérail ont fait notifier leur contrat à tous les créanciers inscrits, conformément à l'article 2183, que par cet acte, les créanciers ont été avertis non seulement du prix de la vente faite aux époux Hérail, dont ceux-ci leur ont offert le prix, mais encore, et taxativement, de la restitution à faire aux époux Hérail en cas de surenchère, des impenses par eux prétendues faites sur l'immeuble dont la valeur avait été ainsi augmentée ; que l'un des créanciers ayant fait une surenchère qui profite à tous et qui par conséquent, est réputée avoir eu lieu dans un intérêt commun, il faut en conclure que ce créancier les représente tous dans l'instance en validité de la surenchère et de la caution ; qu'il faut donc reconnaître que lorsque le débat s'établit entre les époux Hérail et le créancier surenchérisseur, les époux Hérail sont en présence de leur contradicteur naturel sur l'appréciation de leurs impenses... »

Il s'agit de s'entendre, répondrons-nous, le taux de la surenchère comprend la plus-value, par conséquent la clause dont il est parlé ici, ne peut avoir pour effet que d'expliquer les conditions de l'adjudication, de *décomposer* le prix global et de déterminer la part qui revient au détenteur et la part qui devra être distribuée par voie d'ordre entre les créanciers inscrits. Le tiers détenteur qui ne se serait pas inspiré de ces principes, devrait être repoussé, car il prétendrait par là, faire payer deux fois à l'adjudicataire le prix des améliorations. Si donc, il réclame une somme en plus, c'est qu'il pense que le prix offert par lui, augmenté de la surenchère du dixième, ne représente pas exactement la valeur de l'immeuble amélioré par ses soins : c'est alors une question à débattre entre lui et le surenchérisseur.

L'insertion d'une clause dans le cahier des charges permet au tiers détenteur de s'adresser directement à l'adjudicataire et de se faire payer la valeur de ses améliorations en dehors de la procédure d'ordre. Elle fait bénéficier le tiers détenteur de la sanction que l'article 713 du Code de procédure civile attache à l'inexécution des conditions stipulées dans le cahier des charges, et qui consiste en ce que l'adjudicataire sera contraint d'y satisfaire par la voie de la folle enchère, sans préjudice des autres voies de droit, c'est-à-dire de la saisie de ses biens mobiliers et immobiliers.

Nous pensons que, même en dehors d'une clause du cahier des charges, le tiers détenteur aurait la faculté de s'adresser *directement* à l'adjudicataire pour se faire attribuer la plus-value. Mais, pourrait-on objecter, les créan-

ciers hypothécaires qui sont intéressés à la fixation de cette plus-value ne seraient pas alors admis à la critiquer; cette considération n'est-elle pas assez forte pour faire repousser ce mode d'attribution de la plus-value au tiers détenteur? Nous souscrivions volontiers à ces raisons si les créanciers hypothécaires étaient vraiment écartés, mais il n'en est rien, leur intervention se fera, mais d'une manière indirecte. En effet, l'adjudicataire auquel le tiers détenteur réclamera la plus-value, se gardera bien d'en payer le montant sans avoir au préalable prévenu les créanciers hypothécaires, de manière à dégager sa responsabilité (car c'est à lui qu'ils s'en prendraient, non au tiers détenteur, s'ils jugeaient l'évaluation trop exagérée). S'ils n'interviennent pas, c'est qu'ils acceptent tacitement que cette plus-value soit estimée et payée sans leur concours, ils ne seront pas admis plus tard à s'en plaindre.

Nous avons supposé jusqu'ici que le tiers détenteur prenait l'initiative de réclamer à l'adjudicataire la valeur de ses améliorations, il peut se faire cependant que l'adjudicataire, de son côté, prenne les devants et exige du tiers détenteur *la délivrance de l'immeuble*. C'est alors que se pose la question du droit de rétention : le tiers détenteur pourra-t-il répondre à la demande de l'adjudicataire par une demande en paiement de la plus-value, pourra-t-il opposer qu'il lui est permis de *ne pas se dessaisir* du fonds tant qu'il n'aura pas été *désintéressé* de ses améliorations?

Sauf de rares exceptions (1), la doctrine est pour la

(1) Tarrille, Battur *loc. cit.* Glasson. *Rétention*, p. 140. Planiol, II, n^{os} 3221, 3222.

négative (1), elle est suivie dans cette voie par la jurisprudence, et les quelques arrêts que l'on peut invoquer dans l'opinion contraire, sont conçus en termes si généraux qu'ils n'apportent aucun éclaircissement à l'étude de la question (2).

La principale objection que l'on fait à l'exercice du droit de rétention, est le *silence des textes* ; bien plus, dit-on, l'article 2175, en parlant d'une *action en répétition*, semble exclure tout moyen de défense susceptible de *suspendre* l'action hypothécaire, et n'admettre qu'une

[1] Pont, *des Priv. et Hyp.*, II, n° 1208. — Duranton, n° 272 ; Martou, *Des Priv. et Hyp.*, IV, n° 1322. — Laurent, XXXI, n° 309 ; Aubry et Rau, III, p. 737 § 287, et p. 726 § 287, texte et note 32 ; Thézard, *Du nant., des Priv. et Hyp.*, n° 183 ; Baudry-Lacautinier et de Loynes, *Priv. et Hyp.*, III, n° 2207 ; Guillouard, *Dr. de Rétent.*, n° 95.

[2] Un arrêt de la cour de Pau du 9 août 1837 (S. 38. II. 350) s'exprime ainsi : « Attendu qu'aucun texte de loi n'autorise en règle générale, à se maintenir en possession de biens, jusqu'au remboursement des améliorations qui en ont augmenté la valeur, que quelques exceptions ont été introduites par le législateur pour des cas spéciaux : *tel est celui du tiers détenteur évincé par un créancier.....* »

Un arrêt de la cour de Douai du 18 mars 1840 ne tranche pas la question d'une façon plus explicite : « Attendu que le droit résultant de l'art. 2175, en vertu duquel le tiers détenteur est autorisé à régler, soit au moyen de la rétention de l'immeuble hypothéqué, soit par toute autre voie les impenses et améliorations par lui faites, ne s'applique qu'au tiers détenteur proprement dit, et nullement aux possesseurs antérieurs auxquels l'immeuble a pu appartenir à d'autres titres (S. 40. II. 289).

Quant à la décision de la cour de Montpellier du 25 novembre 1852 (S. 53. II. 191), on ne sait, à la manière dont elle est rapportée dans les recueils de jurisprudence, si elle s'applique au tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire, ou au tiers détenteur poursuivi par la revendication.

action *en indemnité* possible seulement après que la poursuite des créanciers a produit son effet. (1).

Est-il suffisant d'argumenter du silence des textes à l'égard du droit de rétention, pour le rejeter? Nous pensons que non, contrairement à l'opinion de M. Laurent (2). Si ce droit aboutit, en général, à un résultat analogue à celui des sûretés réelles, qui rompent l'égalité entre les divers créanciers d'un même débiteur, on ne doit pourtant pas l'assimiler, dans son principe, à ces sûretés. « La rétention, est-il dit au répertoire de Dalloz (v° *Rétention*, n° 2), est de droit naturel, car suivant les notions du juste que chacun trouve dans sa conscience, un créancier ne doit point être contraint de se dessaisir de son gage avant d'avoir été désintéressé, et dans l'état rudimentaire de la science juridique, tout bien du débiteur détenu par son créancier a dû être considéré comme son gage. »

C'est un principe de droit que les créanciers d'un même débiteur sont sur le pied d'égalité tant que des causes de préférence, prévues par un texte, ne sont pas venu rompre cette égalité, mais c'en est un autre aussi certain que le créancier détenteur de la chose que son débiteur lui réclame, peut refuser de s'en dessaisir jusqu'à pleine satisfaction, du moment que l'objet de sa créance se rapporte à cette chose.

« Des propositions précédentes, reprend Dalloz un

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Priv. et Hyp.* III. p. 422, n° 2207.

(2) Laurent. XXIX, n° 284-286 et 293-294.

peu plus loin, il résulte que le droit de rétention a l'autorité d'un *principe* et ne doit être refusé *que par exception*; on peut donc affirmer que toutes les fois que le législateur reconnaît le droit de rétention, il ne fait que l'application *d'un principe général qui doit être étendu à tous les cas non prévus*, et qu'au contraire, toutes les fois qu'il interdit la rétention, il statue exceptionnellement, et qu'en conséquence, ses dispositions à cet égard, ne doivent pas être étendues par analogie. » (v° *Rétention* n° 11).

L'article 2094 dit que les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques; il ne parle pas du droit de rétention, et cependant il existe, il est consacré textuellement dans de nombreux articles. (Art. 570, 867, 1612, 1613, 1673, 1749. 1948). Si le législateur n'en a pas parlé dans l'article 2094, c'est, pensons nous, qu'il n'a eu en vue dans ce texte, que les causes de préférence découlant seulement de la *loi écrite*, qui sont une dérogation à l'égalité des créanciers d'un même débiteur, et qu'il a laissé de côté celle qui limite *naturellement, d'après l'équité*, l'égalité des créanciers d'un même débiteur.

On comprend d'autant mieux son abstention en ce qui concerne le droit de rétention, que ce droit n'est une cause de préférence qu'indirectement, qu'il ne se présente en somme que dans de rares circonstances, et qu'il ne constitue pas en principe, une sûreté conventionnelle.

« Le silence de la loi, dit fort bien M. Planiol, n'est d'aucune conséquence, puisque nous pouvons nous

appuyer à la fois sur la tradition et sur les principes généraux. Il ne faut pas se lasser de répéter que les anciennes théories prétoriennes de l'action de dol et de l'exception de dol dominant encore les législations d'origine latine comme la nôtre ; on peut dire qu'en France toutes les actions sont de bonne foi. Par conséquent l'exception de dol subsiste encore dans la revendication avec son ancien effet, et quiconque a le droit de reprendre son bien aux mains d'autrui, ne peut l'obtenir qu'à la condition de payer ce qu'il doit à raison de ce même bien. (II. p. 761. n° 2523).

Ces raisons tirées de l'équité nous permettent aussi de repousser la distinction que MM. Aubry et Rau ont voulu introduire au sujet du droit de rétention, entre l'hypothèse où il existe entre les parties un lien contractuel ou quasi-contractuel, et l'hypothèse où ce lien n'existe pas, admettant le droit de rétention dans le premier cas, et le refusant dans le second (1). Du reste, le législateur lui-même montre bien qu'il ne se base pas sur cette distinction, car il accorde formellement le droit de rétention dans deux textes où il ne s'agit ni de contrat, ni de quasi-contrat (2).

(1) Aubry et Rau, III, § 256 *bis*, texte et note 5, p. 189.

(2) « Le premier, dit M. Guillouard, est l'art. 570, qui donne le droit de rétention à l'ouvrier ou à l'artisan qui a transformé la matière première appartenant à autrui. Il n'y a eu, entre le propriétaire de la matière et l'artisan, aucune convention, ils ne sont liés par aucun contrat, et le droit de rétention donné à celui-ci n'a d'autre base que l'équité, qui ne permet pas que le propriétaire reprenne sa chose sans indemniser celui qui en a augmenté la valeur par son travail.

Le second texte est l'article 867 : il n'y a, entre les héritiers les

Nous pensons que le seul criterium du droit de rétention est dans la *connexité* entre la créance et la chose retenue, connexité qu'on a l'habitude de désigner sous cette formule « *debitum cum re junctum* », c'est le seul élément qui soit commun à tous les cas d'exercice du droit de rétention prévus par le législateur (1).

Or, nous le retrouvons dans notre hypothèse particulière du tiers détenteur qui a fait des améliorations sur l'immeuble hypothéqué: il a droit à la plus-value; de son côté, l'adjudicataire a le droit de se mettre en possession de l'immeuble, il y a bien là « *debitum cum re junctum*, » il y a bien rapport étroit, connexité entre la créance d'impenses du tiers détenteur et la chose retenue.

Il est vrai qu'alors on objecte que la rédaction même de l'article 2173 s'oppose à l'application dans notre hypothèse de ces principes généraux: « Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code, dit M. Guillouard, refusait au tiers détenteur le droit de rétention que lui donnait

uns vis-à-vis des autres, aucun lien contractuel, ni même quasi-contractuel, car, si par l'acceptation de l'hérédité l'héritier s'oblige quasi-contractuellement vis-à-vis des créanciers et des légataires, il ne contracte aucune obligation de ce genre vis-à-vis de ses cohéritiers, et c'est la loi seule qui l'oblige au rapport. Le rapport a pour base l'équité, comme le droit de rétention que nous étudions, et, si la loi trouve injuste que les cohéritiers puissent reprendre l'objet donné sans indemniser le donataire des dépenses qu'il a faites sur la chose donnée, cette solution doit être étendue par analogie à tout possesseur qui a fait des dépenses à propos de la chose qu'il est tenu de restituer. *Traité du Droit de Rétention*, n° 53 *in fine*, p. 356 et 357.

[1] V. en ce sens les auteurs et la jurisprudence cités dans Guillouard, *loc. cit.* n° 55, p. 358, note 1.

la loi romaine, et annonçait que la pratique de son époque était en ce sens. Si on rapproche de l'opinion exprimée par Pothier les termes de l'article 2175, qui ne donne au tiers détenteur que le droit de « répéter ses impenses », on demeure convaincu que les rédacteurs du Code ont voulu, eux aussi, écarter le droit de rétention. » (1). (*loc. cit.* n° 95).

Sans rappeler ici les doutes que nous avons soulevés sur la véritable opinion de Pothier (2), nous croyons que les termes de l'article 2175 ne s'opposent nullement à l'application du droit de rétention. Nous avons déjà dit que ces termes doivent être pris *dans un sens très large, très général*, et qu'ils ne doivent pas être interprétés comme limitant le débat entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires. Le tiers détenteur est propriétaire de la plus-value : après l'adjudication, son droit est reporté sur une partie du prix ; or, par *action en répétition*, il faut entendre tous les moyens qu'il pourra employer pour, d'une part, *soustraire* cette partie du prix aux créanciers hypothécaires, et d'autre part, la faire payer par l'adjudicataire. Le droit de rétention nous

(1) Il convient de rapprocher de ce passage le motif suivant de l'arrêt de la cour de Turin précité du 30 mai 1810 : « Attendu que c'est en vain que Gilardin prétend à l'appui de l'art. 2175, avoir le droit de retenir la maison susdite jusqu'à ce qu'il soit satisfait du montant des augmentations et améliorations par lui proposées, tandis que cet article n'accorde au tiers détenteur que le droit de répéter ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration ; il est évident que le seul droit qui est accordé au tiers détenteur de répéter le montant de ses améliorations, doit nécessairement exclure tout droit de rétention à son profit de l'immeuble qu'il doit délaisser.

(2) V. *supra* p. 59 et 60.

semble être le moyen le plus naturel d'arriver à ce but, lorsque l'adjudicataire demande *le premier* au tiers détenteur *à être mis en possession* du fonds ; dès lors il rentre bien dans le domaine de *l'action en répétition* de l'article 2173.

On peut dire que la doctrine et la jurisprudence, en accordant, d'une part, au tiers détenteur le droit de *distraction* dans la procédure d'ordre et le droit de faire insérer dans le cahier des charges de l'adjudication, une clause relative au paiement de cette plus-value à son profit, mais en lui refusant d'autre part le droit de rétention, se sont arrêtées en chemin : elles ne se sont pas aperçues que ces deux sortes de droits dérivait d'une même cause et qu'en admettant l'un, il fallait nécessairement admettre l'autre (1).

III.—*De l'étendue du droit conféré au tiers détenteur sur les améliorations par l'article 2175.*

Nous avons dit jusqu'ici, que le tiers détenteur exerçait un droit de propriété sur la plus-value résul-

1^o V. Planiol, II, n° 3262.

Même dans la jurisprudence, la théorie qui refuse le droit de rétention au tiers détenteur, n'est pas encore passée à l'état d'axiome ; les décisions sur ce point ne sont pas adoptées sans hésitation. C'est ainsi qu'il faut remarquer que, dans l'affaire qui s'est présentée devant la cour de cassation le 14 novembre 1881, le conseiller rapporteur avait nettement pris partie en faveur du droit de rétention, et que la décision contraire ne fut admise qu'après un délibéré en chambre du conseil.

tant de ses améliorations, c'est maintenant le moment de reprendre le texte de l'article 2175 pour mesurer exactement l'étendue de ce droit de propriété, et par suite l'étendue du droit de rétention que nous venons de reconnaître au profit du tiers détenteur.

« Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité ; mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration. »

La rédaction de cet article nous suggère une première remarque, c'est qu'il ne faut plus faire ici la distinction, généralement admise, entre impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. Une dépense faite par le tiers détenteur à l'occasion de l'immeuble ne pourra lui être remboursée par les créanciers hypothécaires, et il ne pourra exercer la rétention, que si elle a eu pour corollaire une amélioration de l'immeuble, et encore jusqu'à concurrence seulement de la plus-value.

Ce texte, laissant de côté les impenses voluptuaires qui, par définition même, sont celles qui n'augmentent pas la valeur vénale de l'immeuble, n'a trait qu'aux impenses utiles et aux impenses nécessaires. Quant aux premières, il n'est que l'application du droit commun en cette matière ; quant aux secondes, au contraire, ses dispositions, prises à la lettre, sont une dérogation aux règles admises d'ordinaire qui exigent leur remboursement *intégral* (art. 862, 1634, 1673) ; et, comme bien souvent les dépenses nécessaires auront eu pour seul

effet de conserver l'immeuble en état sans l'améliorer, ni créer de plus-value, le tiers détenteur n'aura pas de recours à leur occasion contre les créanciers hypothécaires.

La décision de l'article 2175 n'est d'ailleurs pas nouvelle, elle est fondée sur les traditions du droit romain et de l'ancien droit. La loi 44, § 1. *De damn. infect.*, XXXIX 2, refuse au tiers détenteur qui a acheté un fonds, tout droit à une indemnité en raison des travaux de réparation qu'il a opérés « *impensas quas in refectionem fecerit.* »

La loi 29, § 2. D. *De pign. et hyp.* décide que le tiers n'est tenu de restituer aux créanciers hypothécaires l'immeuble qu'il détient, qu'autant que ces derniers lui auront remboursé la plus-value qu'il a ajoutée au sol.

Dans notre ancien droit, Pothier, il est vrai, admettait un système contraire ; au chapitre II, § 4, n° 90 de son *Traité de l'Hypothèque*, il s'exprime ainsi : « Le tiers détenteur peut opposer par exception, contre l'action hypothécaire, qu'il a fait des dépenses nécessaires à l'immeuble hypothéqué, et qu'il ne peut être contraint de délaisser qu'il ne soit remboursé desdites impenses... ; cette exception est fondée sur cette règle d'équité naturelle que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari* » et au numéro 93 : « Suivant notre droit, le détenteur doit aussi être remboursé des impenses nécessaires..., autrement le créancier profiterait aux dépens de ce détenteur, ce que l'équité naturelle ne permet pas. »

Mais cet auteur semble bien ne s'être pas fait l'écho

de l'opinion générale sur cette question, ainsi Loyseau enseignait qu'il ne fallait pas, en notre matière, recourir à la distinction habituelle des impenses, et n'accordait d'indemnité pour les diverses sortes d'impenses qu'autant que la chose en était vendue davantage (1).

Et l'ancienne jurisprudence du Châtelet de Paris adoptait cet avis ainsi que le témoigne Bourjon dans ce passage : « Il y aurait trop d'embarras à accorder au tiers détenteur le remboursement de ses dépenses hors le cas que ces dépenses ont visiblement amélioré le fonds. Cessant cette certitude, c'est le cas de se tenir à la rigueur, mais l'amélioration étant certaine, c'est le cas dans lequel la rigueur devrait cesser. »

Si la question présentait quelques doutes à cette époque, ils paraissent bien avoir été écartés aujourd'hui par la rédaction de l'article 2175 ; néanmoins, une opinion qui a groupé autour d'elle un nombre respectable d'adhérents, professe encore que les impenses nécessaires échappent à la limitation de l'article 2175 et restent régies par le droit commun (2).

D'après les partisans de cette théorie, outre que cette manière d'interpréter la loi serait conforme à l'équité, elle trouverait un point d'appui dans le texte. On a fait remarquer en ce sens, que si la première partie de la dernière phrase de l'article 2175 paraît annoncer que le législateur s'occupe à la fois des impenses nécessaires *et*

(1) Loyseau. *Du Déguerpissement*, liv. 6 chap. VIII. n° 11.

(2) Delvincourt III, p. 380, n° 11 et p. 382. Duranton XX, p. 271. Laurent III, n° 306 et 307. Cass., 11 nov. 1824. *D. Rep. v° Priv. et Hyp.*, n° 460.

des impenses utiles, la partie finale montre qu'il concentre exclusivement sa pensée sur les impenses *utiles* : « *jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration* », dit la loi ; donc elle suppose qu'il s'agit d'une impense *d'amélioration*, ou impense *utile*, et non d'une impense *nécessaire* qui conserve souvent *sans améliorer*. « D'ailleurs, si l'on va au fond des choses, on voit que l'immeuble auquel a été appliquée une impense de conservation, acquiert ainsi une plus-value égale à sa valeur totale, puisque sans l'impense, il aurait péri et n'aurait plus ainsi aucune valeur. » (1)

Malgré les autorités qui s'appuient sur cette argumentation, nous nous en tenons au système contraire admis dans l'ancien droit par la majorité des auteurs.

En principe, les créanciers hypothécaires ne doivent pas souffrir de l'aliénation de l'immeuble faite par leur débiteur ; s'ils ont stipulé un droit réel, c'est précisément en vue du droit de suite et pour conserver sur l'immeuble une situation avantageuse, nonobstant toutes aliénations ; d'autre part, les dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble en bon état, tombent naturellement à la charge du débiteur responsable envers ses créanciers. Or, si ceux-ci étaient obligés de rembourser au tiers détenteur le montant de ses impenses nécessaires, ils ne se trouveraient plus dans la même situation que si l'immeuble était resté dans le patrimoine du débiteur : ils souffriraient dans leurs droits du fait de l'aliénation.

1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et Hyp.*; III, 2205.

N'est-on pas d'ailleurs en droit de voir le reflet de ces idées dans la disposition de l'article 2175 qui met à la charge du tiers détenteur, les *détériorations* procédant de sa négligence, et dans l'antithèse évidente entre les deux parties de ce texte soulignée par le mot *mais* : « *les détériorations qui procèdent... donnent lieu contre lui à l'action en indemnité ; MAIS il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration* », d'une part *obligation de conserver* l'immeuble en bon état, d'autre part, droit seulement à la *plus-value*. L'un des moyens de conserver l'immeuble en bon état, c'est d'y faire les dépenses nécessaires ; obligé de les effectuer, le tiers détenteur ne peut en demander le remboursement aux créanciers hypothécaires, comme il aura le droit de le faire pour les dépenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée au fonds.

Enfin, il est exagéré de dire que l'immeuble auquel a été appliquée une impense de conservation, acquiert par là une plus-value égale à sa valeur totale, pour les créanciers hypothécaires, une dépense de *conservation* ne peut constituer par elle-même une *amélioration* : une amélioration n'existe pour eux que par rapport à l'état de l'immeuble *au moment où il leur est affecté en gage*, et non par rapport à l'état plus ou moins hypothétique dans lequel il serait *au jour de la réalisation du gage*, si la dépense n'avait pas été faite. En combinant l'opinion contraire exprimée par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes avec la théorie que ces auteurs admettent, et que nous avons admise sur la nature du droit conféré

au tiers détenteur par l'article 2175, on arrive à des conclusions inacceptables : le tiers détenteur a sur les améliorations qu'il a créées un droit de propriété qui n'est pas grevé des hypothèques des créanciers, de telle sorte que la partie du prix représentant la plus-value lui revient *tout entière* sans qu'ils puissent y prétendre aucun droit ; (1) or, si dans le cas où une impense nécessaire a été appliquée à l'immeuble hypothéqué, on doit admettre que la plus-value, qu'il a acquise par suite de cette impense, est égale à sa valeur *totale*, on arrive à attribuer *tout* le prix de l'immeuble au tiers détenteur et à en frustrer les créanciers hypothécaires. Nous doutons que les partisans de cette théorie osent la soutenir jusque dans cette conséquence.

Il importe d'ailleurs, de bien préciser la portée de la théorie que nous admettons en ce qui concerne les impenses nécessaires effectuées par le tiers détenteur. Nous ne prétendons pas par là, faire retomber définitivement sur le tiers détenteur le poids des dépenses nécessaires : le tiers détenteur conserve, en effet, le droit de se faire rembourser le montant total de ses impenses par son auteur, il exercera son recours contre lui au moyen de l'action en garantie de l'article 1634, s'il a acquis l'immeuble à titre onéreux, et s'il l'a acquis à titre gratuit, il agira en vertu des articles 1382 et 1383, car on ne peut nier que son auteur ait commis une faute en ne dégrevant pas l'immeuble avant de l'aliéner. Notre théorie ne lui enlève pas ces recours, elle lui refuse seulement le droit d'exercer dans le même sens une action parallèle contre les créanciers hypothécaires, action qui

(1) V. *supra*, p. 76.

lui serait utile en cas d'insolvabilité du débiteur. Le législateur s'est trouvé dans l'alternative suivante : ou faire rembourser intégralement au tiers détenteur par les créanciers hypothécaires ses impenses nécessaires, et par conséquent, faire supporter à ceux-ci les conséquences de l'aliénation de l'immeuble par leur débiteur, sans qu'il y ait aucun enrichissement de leur part, ou laisser ces impenses au compte du tiers détenteur et conserver aux créanciers la situation qu'ils auraient eu si l'aliénation n'avait pas eu lieu. Le législateur, avec raison, a choisi le dernier terme de l'alternative, se disant sans doute, que le tiers détenteur, au moment de son acquisition, a pu, grâce à la publicité des hypothèques, mesurer l'étendue de la responsabilité qu'il assumait à l'égard des créanciers hypothécaires par rapport à l'immeuble.

La plus-value résultant des améliorations apportées à l'immeuble est ordinairement *inférieure* à l'impense, et c'est le cas sur lequel nous avons raisonné jusqu'ici. Nous avons à envisager maintenant l'hypothèse où elle lui est *supérieure*, et à nous demander si elle est due alors *intégralement* au tiers détenteur. Il est certain que l'art 2175 laisse la question de côté, sa rédaction l'indique suffisamment : « *Mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.* » Faut-il supposer alors, que le texte a voulu statuer sur le *plerumque fit*, et que, n'indiquant pas de limite au remboursement de la plus-value, le tiers détenteur pourra se la faire attribuer *tout entière*, et partant exercer le droit de rétention dans la même mesure ?

Les législations précédentes donnent à cette question des réponses douteuses. La loi *in fundo*, D. *de rei vindicatione*, 6, § 1, n'accordait au tiers détenteur le droit à la plus-value que dans la limite de ses déboursés, (1) tandis que la loi 29 § 2 paraissait au contraire faire bénéficier le tiers détenteur de toute la plus-value (2).

Parmi nos anciens auteurs, Loyseau adoptait la solution de la loi *in fundo* (3), et c'est encore aujourd'hui l'opinion généralement admise. Un arrêt de la cour de Grenoble de 1844 est en ce sens (4), au contraire la cour de Toulouse a en 1848 adopté un moyen terme, dont elle n'a fait que fort imparfaitement ressortir les motifs, en répartissant le surplus de la plus-value sur les impenses, entre les créanciers hypothécaires et le tiers détenteur, dans la proportion de leurs droits respectifs (5).

La seule solution qui nous semble compatible avec la nature du droit conféré au tiers détenteur par l'article 2175, telle que nous l'avons définie, est celle qui

(1) Loi *in fundo*, D. *de rei vind.*, 6, § 1. « *Reddat dominus impensam, ut fundum recipiat usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est; et, si plus pretii accessit, solum quod impensum est.* »

(2) Texte précité, p. 58 et 59.

(3) Loyseau. *Tr. du Déguerp.*, liv. 6, ch. VIII, n° 15. « Il faut conclure que le détenteur reprend toujours ce qui est de moins, et c'est pourquoi on conjoint en pratique les deux mots d'*impenses* et d'*améliorations*, parce que ni l'un ni l'autre n'est opposé absolument, mais l'un sert de restriction à l'autre. »

(4) Persil. *Rég. Hyp.* sur l'article 2175, n° 4. Troplong. *Tr. des Hyp.* III, n° 838. Mourlon. *Exam. crit. du comment. des Priv. et Hyp. de M. Troplong*, p. 531. Pont. II, p. 529, n° 1207. Aubry et Rau, III, § 287, p. 736. Guillouard, *Priv. et Hyp.*, n° 1640. Grenoble, 31 décembre 1841 (S. 42. II. 256).

(5) Toulouse, 7 mars 1848. S. 48. II. 619.

attribue la plus-value *tout entière* au tiers détenteur sans distinguer si elle est ou non supérieure à l'impense. Le tiers détenteur est propriétaire de la plus-value qu'il a créée, sans que les créanciers hypothécaires puissent prétendre exercer leurs droits sur cette propriété; ils n'ont, du reste, dû compter que sur l'immeuble tel qu'il existait quand le débiteur l'a affecté à la sûreté de leurs créances. Pourquoi cette circonstance que la plus-value dépasse l'impense, restreindrait-elle le droit du tiers détenteur et augmenterait-elle celui des créanciers? le tiers détenteur doit-il être présumé avoir voulu faire profiter ceux-ci de la partie de la plus-value qui dépasse les sommes qu'il a déboursées? c'est peu probable: le propriétaire d'un immeuble n'est pas censé l'affecter spontanément à la sûreté de la dette d'autrui tant qu'il ne s'en exprime pas clairement; c'est ce qu'on prétend cependant dans l'opinion contraire. En définitive, il n'y a pas plus de raison de penser que le tiers détenteur a voulu jouer le rôle de *caution réelle* à l'égard des créanciers quand la plus-value est *supérieure* à l'impense, qu'il n'y a de raison de le penser quand elle lui est *inférieure* ou *égale*. En faisant des impenses, le détenteur agit comme propriétaire, *dans son intérêt*, peu importe qu'il ait connu les sûretés dont était grevé son bien: le profit de ses travaux doit lui revenir *intégralement*; si ce profit dépasse les frais qu'il a faits, c'est une chance dont il doit seul bénéficier.

DEUXIÈME PARTIE

DES EXCEPTIONS QUI APPARTIENNENT
AU TIERS DÉTENTEUR D'UN IMMEUBLE
HYPOTHÈQUE EN TANT QU'OBLIGÉ ACCES-
SOIREMENT A LA DETTE.

CHAPITRE I

DE L'EXCEPTION DE DISCUSSION

Le créancier hypothécaire qui poursuit la réalisation de son gage entre les mains d'un tiers détenteur resté étranger à l'obligation du débiteur, ne fait qu'user de son droit sans l'outrepasser, mais si, théoriquement, c'est l'immeuble seul qu'il vise dans son action, il n'en est pas moins vrai que le tiers détenteur en ressentira le contre-coup, que cette poursuite portera atteinte à son droit de propriété, que ces conséquences fâcheuses pour lui proviennent du fait de celui qui est personnelle-

ment obligé à la dette, enfin que d'autre part le créancier, en faisant dévier sa poursuite sur ce dernier, ne subirait aucun préjudice. Dans ces conditions, on est bien dans le cas où l'exercice trop strict d'un droit frise l'injustice, d'après la maxime ancienne : *summum jus, summa injuria*, et où le législateur doit être un ministre d'équité.

Ces considérations expliquent suffisamment la place du bénéfice ou de l'exception de discussion dans la législation hypothécaire.

Nous verrons dans cette étude, les vicissitudes par lesquelles a passé cette institution, et nous nous demanderons si, au cours des temps, les considérations qui sont sa justification n'ont pas perdu quelque peu de leur valeur.

I. — *De l'exception de discussion en droit romain*

Avant d'arriver à son état définitif, tel que l'a fixé Justinien, le bénéfice de discussion de la *caution* dut suivre différentes étapes. Sous l'empire des idées qui régissaient la *litis contestatio* pendant la période classique, il était impossible d'admettre le bénéfice de discussion, sans anéantir la garantie que donnait à une créance l'adjonction d'un fidéjusseur au débiteur principal : en effet, obligé de s'adresser d'abord à celui-ci, le créancier au cas de poursuite infructueuse, n'aurait pu exercer de recours contre le débiteur accessoire sans être repoussé par le moyen tiré de l'effet *extinctif* de la *litis*

contestatio par rapport à son droit; à quoi aurait donc alors servi la garantie de la caution? L'intérêt égal du créancier et du fidéjusseur à chercher une combinaison qui eût pour résultat de reporter sur le débiteur principal les premiers efforts de l'action du créancier, leur fit trouver différents expédients que l'on peut considérer à bon droit comme les prodromes du bénéfice de discussion. C'étaient la *fidejussio indemnitis* où le créancier stipulait du débiteur accessoire non plus « *idem* », mais « *quanto minus a reo consecutus fuerit* »; le *mandat* donné par le débiteur accessoire au créancier de poursuivre à l'échéance le débiteur principal, qui permettait à celui-là de *retourner* l'action de mandat contre la caution, au cas où il n'avait pas été complètement indemnisé; enfin, la *renonciation anticipée* de la caution à se prévaloir de l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Si nous nous demandons maintenant si le bénéfice de discussion du *tiers détenteur* d'une chose hypothéquée a passé par des étapes correspondantes, nous ne pouvons que répondre négativement.

La situation, en effet, n'est plus la même : au moment où l'hypothèque est née, le bien sur lequel elle est assise faisait partie du patrimoine du *débiteur*, il n'en est sorti que par un acte du débiteur sans la participation du créancier; ce dernier n'a pas du reste deux actions *identiques* comme dans le cas précédent; il a une action *personnelle* contre le débiteur, et une action *réelle* contre la chose hypothéquée, il peut commencer par celle qu'il lui plaît, sans craindre de se voir opposer l'extinction de son droit, quand il voudra ensuite exercer

l'autre, car les deux droits sont différents ; il peut même exercer l'action hypothécaire *après* avoir poursuivi le débiteur par l'action personnelle, la *litis contestatio* survenue sur cette dernière, bien que novant le droit du créancier ne touche pas au droit accessoire d'hypothèque (1). De ces considérations résulte cette conclusion, que le tiers détenteur, en face du créancier, était dans une situation précaire et qu'il ne pouvait se rencontrer avec lui sur un terrain d'entente commun. On conçoit par exemple, sous l'empire des idées romaines, qu'un *fidéjusseur* afin d'éviter les premières attaques du créancier, usé à l'échéance de l'un des moyens que nous indiquions tout à l'heure, et lui donne mandat de poursuivre d'abord le débiteur principal, car le créancier y trouve aussi son compte : au lieu de voir son droit épuisé par une première poursuite, il gagne ainsi une *seconde action* grâce à laquelle il se fera indemniser complètement : mais à quoi servirait à un créancier *hypothécaire* l'action de mandat que l'exercice du même moyen par le tiers détenteur lui ferait gagner, n'a-t-il pas une action bien supérieure, l'action hypothécaire, qui ne s'éteint pas par l'exercice de l'action personnelle ?

Le principe du bénéfice de discussion, favorisé entre la *caution* et le créancier par la *communauté d'intérêts*, ne paraissait donc pas susceptible d'être établi sur les mêmes bases au profit du *tiers détenteur*.

Nous venons de voir combien le tiers détenteur d'un

(1) Loi 13, § 4, *De pign et hyp.* XX. — L. uniq., C., *Et ob chir. pec.* VIII, 27. — Loi 9, C., *De fid.*, VIII, 41.

bien hypothéqué était traité défavorablement en face du créancier ; il l'était encore plus quand celui-ci avait, outre son hypothèque, un fidéjusseur, puisque grâce à la *cession d'actions* le fidéjusseur acquérait, en payant la dette, l'action hypothécaire du créancier contre le tiers détenteur.

La situation du détenteur finit cependant par s'améliorer, la loi lui reconnut le moyen de faire discuter le débiteur principal dans deux cas particuliers.

1^{er} Cas : *Excussio realis*. — L'usage s'était établi en droit romain pour le débiteur qui concédait une hypothèque *spéciale* sur certains de ses biens, de constituer en même temps une hypothèque *générale* sur tous ses autres biens, en cas d'insuffisance de l'hypothèque spéciale. Or, si le débiteur venait à aliéner un des biens grevés seulement de l'hypothèque *générale*, l'acquéreur avait le droit de renvoyer le créancier discuter les biens qui lui étaient *spécialement* hypothéqués. C'est ce que décident une Constitution des empereurs Sévère et Antonin, reproduite dans la loi 2 au Code *De pign.* VIII, 14, et plus récemment une Constitution de Dioclétien rapportée au Code, loi 9, *De distract. pign.* VIII, 28. Ces deux textes, il est vrai, ne s'appliquent qu'à un créancier hypothécaire second en rang, mais on peut raisonner *a fortiori* en faveur d'un tiers détenteur qui mérite autant de protection que ce créancier puisqu'il est propriétaire. C'est la première manifestation d'un véritable bénéfice de discussion, bien restreint cependant, car il ne s'applique qu'entre *les choses hypothéquées* et non entre les personnes obligées ; il

conduit à ce résultat, un peu étonnant au premier abord, que le tiers détenteur peut opposer l'exception de discussion contre lui-même, s'il possède en même temps des biens grevés de l'hypothèque générale et des biens grevés de l'hypothèque spéciale.

Sur quelles raisons sont fondées ces décisions impériales ? est-ce sur la *volonté* des parties qui, en constituant l'hypothèque spéciale en même temps que la générale, ont entendu que celle-ci fût *subsidaire* ; ou bien est-ce sur une *faveur* accordée au tiers détenteur et aux créanciers hypothécaires d'un rang inférieur en considération de leur situation digne d'intérêt ?

Si dans le bénéfice de discussion accordé par ces textes, il ne faut voir que l'interprétation de la volonté des parties, il peut être opposé non seulement dans les rapports du *tiers* détenteur avec le créancier, mais principalement encore dans les rapports du *débiteur* détenteur des immeubles hypothéqués avec le créancier. En revanche on ne peut s'en prévaloir que si l'hypothèque générale a été constituée *après*, ou tout au moins *en même temps* que l'hypothèque spéciale, de manière à bien marquer son caractère *subsidaire*.

Si au contraire, on considère *l'excussio realis* comme un droit particulier, une faveur accordée au tiers détenteur et aux créanciers seconds en rang, on ne doit pas l'étendre au *débiteur* qui a encore des immeubles grevés en sa possession, et elle peut être opposée même quand l'affectation générale a *précédé* l'affectation spéciale (1).

(1) Jourdan. *De l'Hypothèque*, p. 613, 614.

Malgré un argument que présente en faveur de cette dernière opinion, le texte de la loi 2 « *æquale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est* » nous pensons qu'il est plus rationnel de regarder l'*excussio realis* comme une exception basée sur un *pacte tacite* intervenu entre le débiteur et le créancier, et nous adoptons toutes les conséquences de cette manière de voir. Pourquoi, en effet, cette simultanéité de l'hypothèque spéciale et de l'hypothèque générale ? ne révèle-t-elle pas suffisamment l'intention des parties de faire porter le premier effort de la poursuite sur ce bien spécialement désigné, sauf ensuite à la compléter sur les autres biens ?

La première manifestation de notre exception au profit du tiers détenteur d'un bien hypothéqué, ne nous apparaît donc pas comme une faveur, un bénéfice accordé en vue d'une situation digne d'intérêt, mais comme le résultat naturel d'une *convention* entre le créancier et le débiteur, qui ne suppose pas nécessairement que les biens soient sortis du patrimoine du débiteur.

2^me Cas. — Le second cas d'application de l'exception de discussion au profit du tiers détenteur présente au contraire tous les caractères d'un *bénéfice*. Il nous est signalé en ces termes dans la loi 47, D. *de jure fisci* : « *Moschis quædam fisci debitor ex conductione vectigalis, heredes habuerat : e quibus post aditam hereditatem Faria Senilla et alii prædia emerant : cum convenirentur propter Moschidis reliqua et dicebant heredes Moschidis idoneos esse, et multos alios ex eisdem bonis emisse, æquum*

putavit imperator prius heredes conveniri debere : in reliquum possessorem omnem, et ita pronunciavit. — Moschis débitrice de la ferme des impôts, avait laissé des héritiers qui, après avoir fait adition, vendirent les biens héréditaires à Faria Senilla et autres. Les acquéreurs, poursuivis par le fisc en paiement de la dette de Moschis, alléguèrent que ses héritiers étaient solvables, et que du reste beaucoup d'autres acquéreurs n'étaient pas poursuivis, l'empereur a trouvé très juste que les héritiers fussent discutés en première ligne, et que pour le reste on s'adressât aux acquéreurs, et c'est en ce sens qu'il rendit sa décision. » La même idée est exprimée dans un autre texte, la loi 1, C. *de conveniendis fisci debitoribus*, Constit. de Gordien.

Dans le cas particulier d'acquisition de biens d'un débiteur du fisc grevés d'une hypothèque tacite, un commencement de hiérarchie se dessine parmi les obligés, personnes ou choses, au profit de l'acquéreur, les premières poursuites devant retomber sur les débiteurs principaux.

Justinien donne une portée générale à cette institution qui, jusqu'à lui, ne s'était manifestée que par des essais timides dans des hypothèses particulières, et il réunit dans une même novelle, la novelle IV, les bénéfices de discussion de la caution et du tiers détenteur.

Lui même, il est vrai, et il faut s'en étonner, ne s'en rapporte pas toute la gloire ; il en avait, prétend-il, trouvé le principe dans une ancienne loi : « *legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmodum non approbatam* », et son rôle se serait borné à

la remettre en vigueur, en en comblant les lacunes. Des auteurs, parmi lesquels Merlin, pensent que le bénéfice de discussion existait avant Justinien, mais avec cette restriction que le tiers détenteur ne pouvait renvoyer le créancier discuter que le *débiteur principal* et ses héritiers ; la novelle IV aurait élargi la portée du bénéfice, le créancier pût désormais être forcé de s'adresser aux fidéjusseurs eux-mêmes, avant d'exiger le paiement du tiers détenteur. Cette innovation aurait par suite influé sur la solution du conflit entre le tiers détenteur d'une chose hypothéquée et les fidéjusseurs qui garantissaient la même dette ; il se réglait autrefois au profit de ceux-ci, désormais le tiers détenteur eût la supériorité.

Sauf dans les deux cas spéciaux que nous venons d'étudier, il est, selon nous, difficile d'admettre la préexistence du bénéfice à la novelle IV. Le texte de cette *lex antiqua* ne nous est jamais parvenu, et nulle part ailleurs que dans la novelle on n'en trouve de traces ; mais la raison décisive qui nous porte à en nier l'existence, c'est que son application avant Justinien nous semble impossible.

Cujas la fait remonter aux Douze Tables, mais, outre que rien dans les fragments de cette loi ne justifie cette assertion, l'esprit dur et impitoyable qui l'anime n'était pas compatible avec le caractère essentiellement équitable du bénéfice de discussion. Enfin fût-il admis par cette loi pour les débiteurs accessoires, qu'il n'aurait pu être question de l'étendre au tiers détenteur, les idées

d'hypothèque et de poursuite hypothécaire étant alors totalement inconnues (1).

Ce n'est pas non plus sous la période de la procédure des *legis actiones* que pouvait être applicable le bénéfice de discussion bien que, d'après M. Accarias (2), la *litis contestatio* n'ôteignait pas le droit déduit en justice et que si deux actions ne pouvaient être intentées *de eadem re*, cela ne s'appliquait que *inter easdem personas* rien n'est moins certain que la *litis contestatio* ait eu cet effet sous cette phase de la procédure. M. Girard, quant à lui, croit qu'elle avait aussi à cette époque un *effet extinctif* (3). Mais la raison qui nous paraît la plus solide c'est une raison tirée de *l'inexistence des exceptions à cette époque* ; la forme sous laquelle s'exerce le bénéfice de discussion, l'exception, est en effet une institution de droit *prétorien* qui n'a pu être usitée qu'après que la loi Aebutia eût donné aux magistrats le droit de refuser une action là où la loi la donnait. Et si on objecte que la discussion pouvait s'opposer sous une autre forme, sous la forme d'une *action en restitution* comme l'exception de la loi Cincia et de la loi Furia *de sponsu*, comment expliquer que son principe si équitable et si utile n'ait pas été conservé dans la pratique, alors que la procédure formulaire, était plutôt de nature à simplifier pour le créancier la manière de l'opposer ?

(1) Girard. *Man. élém.*, p. 749.

(2) Accarias. II. p. 197, note 3.

3) Girard, *loc. cit.* p. 982.

Sous la procédure *formulaire*, nous avons déjà vu que l'exception de discussion était incompatible avec l'effet extinctif de la *litis contestatio* et nous avons signalé, en ce qui concerne les cautions, quels expédients on avait imaginés pour obtenir un résultat analogue (1); la *lex antiqua* dont il s'agit ne peut non plus se rapporter à cette époque, et nous sommes obligé de remonter au jour où Justinien abolit l'effet extinctif de la *litis contestatio* (2), pour trouver des circonstances favorables à son application. On peut donc avancer sans trop de témérité que la nouvelle IV constitue le premier essai de généralisation du bénéfice de discussion.

Elle a eu pour but d'établir entre tous ceux qui sont tenus à un titre quelconque du paiement de la dette, un ordre de poursuites basé sur cette idée, que ceux-là doivent être actionnés en première ligne qui sont attachés au créancier par un lien d'obligation personnelle. Le premier degré dans cet ordre de poursuites comprend les *débiteurs principaux*, contre lesquels le créancier intentera soit l'action personnelle, soit l'action hypothécaire s'ils sont encore en possession de biens affectés à la garantie de la créance ; le second degré, les *fidéjusseurs, mandatores et constituentes* ; le troisième degré, les *détenteurs des biens hypothéqués ayant appartenu au débiteur principal* ; enfin les *détenteurs des biens hypothéqués par des cautions à la dette d'autrui* forment un quatrième et dernier échelon.

1) V. *supra*, p. 107

(2) Loi 28, C., *De fidejus.*

Cette classification fonde au profit du tiers détenteur un régime de faveur ; par l'exception de discussion, il pourra faire dévier l'action, non seulement contre le débiteur, mais encore contre la caution. Dutiers détenteur et de la caution, c'est désormais cette dernière qui supportera la dette de préférence, et le bénéfice de *cession d'actions* ne lui permettra de profiter des hypothèques du créancier que pour les biens qui sont encore entre les mains du débiteur.

Justinien a été guidé dans cette réforme par des raisons d'utilité pratique : on s'imagine aisément, en effet, combien, sous le régime de clandestinité des hypothèques, la circulation des biens devait être entravée. L'acquéreur d'une chose pouvait à chaque instant voir surgir un créancier de son vendeur, qui aurait prétendu exercer un droit d'hypothèque sur elle, en vertu d'une convention passée avec le précédent propriétaire, ou bien un fidéjusseur de ce propriétaire qui serait venu exercer le même droit, en vertu de la cession d'actions. De là, des dépréciations de prix et des méventes regrettables. Justinien pensa donc qu'il serait moins préjudiciable pour les fidéjusseurs, qui dès la passation du contrat avaient pu prévoir cette éventualité, d'être poursuivis les premiers, que pour les tiers acquéreurs, à qui rien ne pouvait indiquer cette tare dans le bien vendu.

C'est sous la forme d'exception à l'action hypothécaire que doit s'exercer le bénéfice de discussion accordé au tiers détenteur par la novelle, et cette exception, considérée comme *dilatoire*, doit être présentée sous peine de déchéance avant toute défense au fond.

Le tiers détenteur en bénéficie par quelque moyen qu'il ait acquis la chose hypothéquée, pourvu qu'il ne soit pas *personnellement* obligé à la dette

Enfin il convient de remarquer que, d'après la nouvelle IV, le bénéfice de discussion ne peut être opposé par le détenteur si le débiteur principal ou les fidéjusseurs sont absents (1). D'autre part, et bien que la nouvelle ne le dise pas, le tiers détenteur ne pourrait renvoyer le créancier discuter un fidéjusseur qui, en s'engageant, aurait promis *quod a distractis pignoris creditor servari non potuerit*; l'engagement du fidéjusseur est volontaire, il pouvait ne pas accéder à la dette, il y a accédé sous certaines conditions, elles doivent être respectées même par le tiers détenteur.

II. — *Du bénéfice de discussion du tiers détenteur dans l'ancien droit français.*

Les principes du droit romain dans son dernier état, n'eurent pas de peine à être admis en France dans les diverses coutumes, car la situation du tiers détenteur était toujours aussi digne d'intérêt en raison de la *généralité* et de la *clandestinité* des hypothèques; toutes les hypothèques, légales, judiciaires, conventionnelles, étaient géné-

(1) « *Eadem etiam hic existente divisione super præsentibus et absentibus, quamdudum in fidejussoribus et mandatoribus et sponsoribus ac creditoribus causæ debitorum sancimus.* On suivra dans cette espèce en ce qui concerne les absents et les présents, la même distinction que nous avons établie, quand il s'est agi des rapports des fidéjusseurs et des mandataires avec les créanciers. »

rales et pesaient sur tous les biens du débiteur présents et à venir; de plus, leur nombre ne faisait que s'accroître grâce à la règle, admise presque partout, que tout contrat passé en la forme authentique, entraînait *ipso jure* hypothèque sur tous les biens du débiteur présents et à venir. Les hypothèques grevant spécialement tel ou tel bien étaient donc très rares; la seule défense que possédait le tiers contre l'exercice du droit de suite, qu'il n'avait pu prévoir, était encore le bénéfice de discussion « puisque la loi accorde ladite discussion au fidéjusseur quoyqu'il se soit obligé volontairement, à plus forte raison cette loi l'accorde au tiers détenteur qui possible n'a jamais ouy parler de la dette (Despeisses, *Des contrats*, part. III, titre II, section 2, § 5). Loyseau, dans son titre du *Déguerpissement*, liv. III, chap. VIII, nous fait le dénombrement des coutumes au point de vue de l'adoption du bénéfice de discussion. Il y en avait d'abord qui le rejetaient : Cambrai (*des rentes*), Perche (art. 205), Auvergne (*des exécutions*, art. 3 et 4), Marche (art. 371), Anjou (Art. 475). Certaines autres, précurseurs du droit actuel, l'admettaient comme opposable à l'hypothèque *générale* mais non à l'hypothèque *spéciale*: coutumes de Sens, de Tours, d'Orléans (art. 436); d'autres l'admettaient sans tenir compte de cette distinction : Clermont (art. 38), Châlons (art. 131), Auxerre (art. 194), Sedan, (tit. XIII, art. 64).

Pour les coutumes qui n'en parlaient pas, Loyseau interprétait leur silence dans un sens favorable au bénéfice de discussion, parce que ce bénéfice était plus conforme à l'équité; plusieurs arrêts confirment cette

opinion, notamment un arrêt solennel « donné toutes les chambres assemblées à la cour, en la coutume de Poitou, à la pentecôte de 1587. » (1).

La portée du bénéfice était la même que en droit romain : si la créance était garantie en même temps et par une hypothèque spéciale et par une hypothèque générale, le créancier devait exercer d'abord la première, mais cette discussion ne pouvait être requise que par le *tiers* détenteur des biens grevés de l'hypothèque générale, au contraire elle ne pouvait être opposée par les *obligés personnellement* ou leurs héritiers « car le débiteur ou l'un de ses héritiers, ne peut pas demander que l'on discute la spéciale hypothèque, attendu que le créancier se peut adresser à tel que bon lui semble des héritages hypothéquez..., mais il n'y a que le tiers détempteur qui puisse demander l'une ou l'autre discussion. » (2).

En dehors de cette hypothèse, le créancier devait s'en tenir à l'ordre des poursuites que nous avons vu établi par la novelle IV. Il devait d'abord s'adresser au *débiteur principal*, puis au *fidéjusseur*, en troisième lieu au *tiers détenteur d'un immeuble ayant appartenu au fidéjusseur*.

Cet ordre de poursuites est résumé en ces termes par Loyseau : « Il y a donc en tout quatre degrez de discussion.... : à scavoir de la spéciale hypothèque à la générale, du débiteur au fidéjusseur, de fidéjusseur au tiers

(1) *Loc. cit.* § 6.

(2) *Ibid.* § 29.

détempteur des héritages du débiteur et de ce détempteur au détempteur des héritages du fidéjusseur. » (1).

Le même auteur nous indique onze cas où les circonstances empêchaient le bénéfice de discussion d'être opposé ; nous en extrayons quelques-uns.

En premier lieu, le bénéfice de discussion ne pouvait être opposé quand le créancier avait non seulement un droit d'hypothèque sur la chose, mais en outre « quelque manière de possession soit actuelle et naturelle, soit seulement feinte et civile » ce qui se présentait quand il y avait sur la chose « saisie, nantissement ou clause de constitution précaire » (2).

Le détenteur ne jouissait pas du bénéfice quand il était en même temps héritier du débiteur, ou quand il avait acquis l'héritage à la charge expresse de payer la rente ou la dette (3).

Enfin, il était aussi admis qu'il n'y avait plus lieu pour lui de s'en prévaloir, quand la discussion était rendue trop difficile par suite de l'éloignement du débiteur ou de son insolvabilité notoire (4).

Le bénéfice de discussion devait toujours sous peine de déchéance être opposé *in limine litis* et les biens à discuter indiqués par le tiers détenteur. Pothier nous dit à ce sujet que dans la coutume d'Orléans le créancier qui est renvoyé à discuter doit faire vendre les

(1) *Ibid.* § 30. En Normandie et en Franche-Comté on en distinguait un cinquième « de l'héritage premièrement aliéné à celui qui est le dernier aliéné, » § 31.

(2) Loyseau. *loc. cit.* § 11.

(3) *Ibid.* § 13, 14.

(4) *Ibid.* § 20.

meubles qui se trouvent au lieu du domicile de ses débiteurs et cautions, ou rapporter un procès-verbal de carence de meubles. Il n'est pas obligé de rapporter les saisies des dettes actives de ses débiteurs et cautions, ni des meubles qu'ils peuvent avoir hors leur domicile si celui qui lui a opposé l'exception de discussion ne les lui indique, car il peut ne pas les connaître. Pour la même raison, il n'est pas obligé de discuter les immeubles, s'ils ne lui sont indiqués.

III. — *Du bénéfice de discussion du tiers détenteur sous la période intermédiaire.*

La loi du 11 brumaire an VII l'abolit par voie de prétérition. Il n'est pas possible de dire que le législateur de cette époque a entendu se référer purement et simplement aux règles des anciennes coutumes, car l'article 36 de la loi de brumaire an VII, sur les expropriations forcées, porte que « *toutes lois, coutumes et usages antérieurs demeurent abrogés en ce qu'ils auraient de contraire à la présente.* » Or, le bénéfice de discussion pouvant légitimement être considéré comme un *obstacle* à l'expropriation est par conséquent incompatible avec cette loi.

Ce n'est d'ailleurs là qu'une suite du parallélisme logique qui existe entre l'existence du bénéfice de discussion et le régime de clandestinité et de généralité de l'hy-

pothèque. La loi de brumaire ayant repoussé ce régime, l'exception de discussion n'avait plus de raison d'être.

En vertu de ces principes combinés avec celui de la non-rétroactivité des lois, la cour de cassation a très justement jugé, en 1806, que le tiers détenteur ne pouvait se prévaloir de l'exception consacrée dans l'article 2170 du Code civil, pour repousser des poursuites commencées sous le régime de la loi de brumaire et continuées sous le régime du code. (Cass., 16 déc. 1806. — S. 6. I. 324).

CHAPITRE II

DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION DANS LE CODE CIVIL — DES CRÉANCIERS AUXQUELS IL EST OPPOSABLE.

Le bénéfice de discussion accordé au tiers détenteur est une dérogation à l'*indivisibilité* de la sûreté hypothécaire. Cette indivisibilité, qu'on a coutume de résumer dans la maxime : « *Est tota in toto et tota in quolibet parte* », permet au créancier d'exercer sa créance tout entière contre l'un quelconque des biens qui sont affectés à sa garantie ; or le bénéfice de discussion limite son choix et ne l'admet à poursuivre son action sur l'immeuble détenu par un tiers acquéreur, que *subsidiairement*, et après épuisement de ses droits contre certains obligés. Cette dérogation à un principe naturel en matière d'hypothèques, ne se justifie que si ces sûretés sont, dans une mesure plus ou moins grande, soumises au régime de la généralité et de la clandestinité ; le bénéfice de discussion apparaît ainsi comme un contre-poids placé par le législateur pour contre-balancer les pouvoirs vraiment exorbitants qu'a le créancier hypothécaire sous un tel régime. C'est un adoucissement

apporté à la situation du tiers détenteur qui n'a pas été à même de connaître, au moment de l'acquisition, les droits dont était grevé son bien, et d'en mesurer l'importance ; cet adoucissement s'explique d'autant plus en sa faveur que le créancier, grâce à l'étendue de son gage, a la quasi-certitude d'être désintéressé par ailleurs.

Ce sont ces idées qui ont inspiré le droit romain et l'ancien droit, dans lesquels nous avons vu le bénéfice de discussion admis comme une règle générale et comme la contre-partie du régime de généralité et de clandestinité des hypothèques.

Nous venons au contraire de le voir refuser dans le droit intermédiaire qui avait rendu toutes les hypothèques spéciales et publiques.

Dans le droit actuel, où le régime hypothécaire est dominé par les deux principes de spécialité et de publicité, le bénéfice de discussion ne devait plus exister qu'à titre tout à fait *exceptionnel*, et effectivement, l'article 2171 a limité pour le tiers détenteur la possibilité de l'opposer au cas où l'immeuble qu'il possède est grevé d'hypothèques *générales*. « *L'exception de discussion*, dit-il, *ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble.* »

Il nous faut donc passer en revue les cas où l'hypothèque conserve encore aujourd'hui un caractère de généralité.

C'est d'abord l'hypothèque *judiciaire*. Fondée sur la nécessité d'assurer, le plus efficacement possible, l'exécution des décisions de la justice, elle est attachée : 1° aux jugements proprement dits qui condamnent un

débiteur à exécuter son obligation ; 2° aux jugements qui donnent acte de la reconnaissance volontaire d'un écrit sous seings privés, ou qui déclarent l'écriture sincère quand elle a été contestée ; 3° aux sentences arbitrales et aux contraintes administratives (art. 2123). Elle a lieu *de plein droit* par cela seul que la décision qui l'engendre est rendue, et elle s'étend à *tous* les immeubles *présents et à venir* du débiteur.

Viennent ensuite les hypothèques *légales* du mineur, de l'interdit, de la femme mariée. L'hypothèque du mineur et de l'interdit qui porte sur tous les biens de leur tuteur pour toutes les créances qu'ils pourront avoir contre lui à raison de la tutelle ; l'hypothèque de la femme mariée qui porte sur tous les biens de son mari (et, d'après l'opinion générale, de la communauté) pour toutes les créances qu'elle possède contre son mari, « quelle que soit d'ailleurs la source de l'obligation de celui-ci, contractuelle, délictuelle ou légale, et quelle que soit la chose due, liquide ou non, exigible ou non » (1).

Mais les hypothèques générales que nous venons d'énumérer sont susceptibles d'être *restreintes* ou *réduites*. Pour les hypothèques légales du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, la restriction peut se produire à deux moments différents : 1° *avant* l'exercice des fonctions qui nécessitent la garantie de cette sûreté : elle se fait alors dans le contrat de mariage, s'il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 2140), et dans la délibération du conseil de famille chargé de

(1) Planiol. II, n° 2820.

nommer le tuteur, s'il s'agit de l'hypothèque du mineur ou de l'interdit (art. 2141, 2143) ; 2° *pendant* l'exercice de ces fonctions : une décision judiciaire est alors nécessaire, elle n'intervient qu'après l'accomplissement des conditions exigées par la loi pour sauvegarder les intérêts de la femme (art. 2144, 2145) ou des personnes en tutelle (art. 2143, 2145). Quand à l'hypothèque judiciaire, sa réduction peut être demandée en justice par le débiteur dans les conditions de l'article 2161, c'est-à-dire pourvu qu'elle n'ait pas déjà été réduite conventionnellement, et que la valeur des propriétés hypothéquées excède de plus d'un tiers le montant des créances (art. 2161, 2162). Enfin, aux termes de l'article 563 du Code de commerce, l'hypothèque légale de la femme mariée reçoit une importante restriction au cas de faillite du mari.

Quoi qu'il en soit des conditions dans lesquelles s'opèrent la restriction et la réduction de ces diverses hypothèques, ce qui doit nous préoccuper avant tout au point de vue de la question que nous traitons, c'est de savoir quelle influence la restriction et la réduction ont sur le caractère de généralité de ces hypothèques. Si elles n'y portent pas atteinte, le tiers détenteur d'un immeuble grevé de ces hypothèques conserve le bénéfice de discussion ; si au contraire elles spécialisent ces sûretés, les créanciers rentrent dans la catégorie prévue par l'article 2171, et l'exception de discussion ne leur est plus opposable.

Suivant la distinction qui a le plus cours dans la doctrine, les hypothèques générales que nous étudions

ne conservent plus ce caractère, quand la restriction a lieu par voie de *spécialisation* ou de *cantonnement*, autrement dit quand elle a pour effet de *limiter* le gage hypothécaire à *un ou plusieurs immeubles du débiteur nommément désignés*. Au contraire, la restriction qui se manifeste par un *dégrèvement* de l'hypothèque d'un ou de plusieurs immeubles, laisse à l'hypothèque son caractère de généralité « puisque, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, elle continue de grever tous les immeubles qui peuvent advenir au débiteur au fur et à mesure des acquisitions par lui faites. » (1).

En raisonnant ainsi, ces auteurs commettent la faute de n'envisager la question de la généralité et de la spécialité des hypothèques que sous un seul côté ; leur solution est par suite inexacte, en tant du moins qu'elle s'applique à la restriction des hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.

Les textes nous montrent que le législateur a voulu établir le régime de la spécialité des hypothèques sur le double fondement de la spécialité du *gage hypothécaire* et de la spécialité *de la créance garantie*. C'est l'article 2129 qui établit la première : « *Il n'y a, dit-il, d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appar-*

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et Hyp.* III, p. 386, n° 2156. Pont, n° 546. Huc, XIII, n° 283. Aubry et Rau, III, § 287, texte et note 21 bis, p. 722.

tenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance... » On peut, et la jurisprudence nous en offre plus d'un exemple (1), interpréter d'une façon plus ou moins large, les termes de cet article, le principe n'en est pas moins certain. La *spécialité de la créance garantie* est visée en l'article 2132, dans lequel le législateur subordonne la validité de l'hypothèque à la condition que la créance soit déterminée et que son chiffre soit connu d'une manière précise. Le principe de la spécialité des hypothèques peut donc être résumé ainsi : toute hypothèque conventionnelle pour être valablement constituée doit être spéciale, et elle n'est spéciale que si elle satisfait *en même temps* aux prescriptions de l'article 2129 et de l'article 2132.

Or, il est évident que pour reconnaître si une hypothèque générale a été spécialisée par la restriction ou la réduction, il nous faut l'examiner à la lumière de ces deux textes. Les hypothèques légales du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, sont générales et au point de vue du gage hypothécaire et au point de vue des créances garanties, elles dérogent en même temps aux articles 2129 et 2132. L'hypothèque de la femme mariée grève tous les biens présents et à venir du mari, à raison de toutes les créances qu'elle a contre lui ; les hypothèques du mineur et de l'interdit grèvent les biens présents et à venir de leurs tuteurs respectifs à raison de toutes les créances que le mineur ou l'interdit

(1) Cass. 12 nov. 1890. D. 91. V. 306. S. 91. I. 199.—Cass. 27 nov. 1893. D. 94. I. 566. S. 94. I. 349.

a contre eux. Pour que la restriction ou la réduction de ces hypothèques leur enlève le caractère d'hypothèques générales et les spécialise, il ne suffit pas que ces sûretés soient cantonnées sur un ou plusieurs immeubles du débiteur, il faut encore qu'il ait été décidé que le créancier ne les exercera que pour quelques-unes de ses créances, à l'exclusion des autres qu'il pourrait avoir au même titre contre le débiteur.

Quant à l'hypothèque judiciaire, comme elle n'est générale qu'au point de vue du gage hypothécaire, et que les créances qu'elle garantit satisfont toujours à la spécialité de l'article 2132, il suffira pour la rendre spéciale de limiter sa portée à un ou plusieurs immeubles déterminés.

Il était donc vrai de dire que les auteurs cités plus haut ont négligé tout un côté de la question, et que, pour mesurer l'effet de la restriction des hypothèques générales, ils n'ont tenu compte que d'une seule unité de mesure, l'article 2129.

Sous cette réserve, nous admettons du reste volontiers leur distinction entre les deux moyens de spécialisation et de dégrèvement.

Afin de faciliter la compréhension de la théorie que nous venons d'exposer, nous croyons nécessaire d'en faire l'application dans quelques exemples.

I. Le contrat de mariage de deux époux porte que la femme pourra exercer son hypothèque, *pour toutes les créances* qu'elle aura contre son mari, sur *tous* les immeubles de celui-ci, *sauf* l'immeuble A. Au cours du mariage, le mari vend un autre de ses immeubles, B, à

Primus. Lorsqu'à la dissolution de la communauté, la femme voudra exercer son hypothèque sur l'immeuble B pour l'une de ses créances, *Primus* pourra la renvoyer discuter au préalable les immeubles du mari qui sont encore dans les mains de celui-ci ou de ses héritiers ; la restriction que l'hypothèque légale a subie, n'a pas en effet privé *Primus* de la faculté d'opposer le bénéfice de discussion, parce que, d'après l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, le mode de restriction employé, le dégrèvement, ne saurait spécialiser l'hypothèque générale de la femme ; parce que, ajoutons-nous, la restriction n'a pas porté *sur les créances*.

II. Supposons maintenant que d'après le contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme ne puisse s'exercer *que* sur les immeuble A, B, C, pour *toutes* les créances que la femme aura contre son mari. L'immeuble A, a été aliéné à *Primus*. A la dissolution de la communauté, la femme exerce son hypothèque pour une créance quelconque sur l'immeuble A. D'après le premier système, le tiers détenteur, *Primus*, ne pourra opposer le bénéfice de discussion, en vertu de l'article 2171, parce que la femme n'agit plus comme créancière ayant une hypothèque générale, mais comme créancière ayant une hypothèque spéciale ; pour nous, au contraire, nous maintiendrons ici le bénéfice de discussion au profit de *Primus*, pourvu toutefois, que l'un des autres immeubles grevés B, ou C, soit resté entre les mains du mari ou de ses héritiers ; une condition manque encore à la spécialisation de l'hypothèque de la femme, la restriction n'a porté que sur les *immeubles* affectés à la garantie, elle

laisse à la femme la faculté d'exercer son hypothèque *pour toutes les créances* qu'elle a contre son mari ; son hypothèque reste donc générale.

III. Au contraire, nous refuserons le bénéfice de discussion à *Primus*, parce que l'hypothèque légale est spécialisée aux deux points de vue du gage et de la créance, si d'après le contrat de mariage, la femme ne peut exercer son hypothèque *que* pour la restitution de sa dot et *seulement* sur les immeubles A, B, C.

La loi nous offre un exemple de spécialisation de l'hypothèque légale de la femme mariée dans l'article 563 du Code de commerce, au cas de *faillite* du mari. La restriction qu'elle établit porte à la fois sur les immeubles affectés à la garantie de la femme, et sur les créances de celle-ci contre son mari, elle rend par là cette hypothèque spéciale, et par conséquent enlève au tiers détenteur d'un immeuble qui en est grevé le droit de se prévaloir de l'exception de discussion.

La restriction de l'article 563 du Code de commerce porte d'abord sur *le gage hypothécaire* ; les seuls immeubles, en effet, qui restent grevés sont : 1° ceux qui appartenaient au mari lors de la célébration du mariage, et 2° ceux qui lui sont advenus depuis par succession, donation ou legs. En même temps la restriction affecte *les créances garanties* : la femme ne peut plus exercer son hypothèque que : 1° pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage, par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, à condition qu'elle en prouve la délivrance ou le paiement par acte ayant date

certaine ; 2° pour le emploi de ses biens aliénés pendant le mariage ; 3° pour l'indemnité des dettes par elles contractées avec son mari, mais à condition de prouver qu'elle a payé les dettes de ses propres deniers (art. 562).

La loi, du reste, ne restreint l'hypothèque légale de la femme mariée dans ces limites que si elle a été à même de prévoir, en se mariant, la possibilité d'une faillite de son mari, aussi les dispositions de l'article 563 ne sont-elles applicables qu'à l'hypothèque de la femme dont le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage, ou qui, n'ayant pas alors de profession déterminée, l'est devenu dans l'année.

A côté des hypothèques légales des personnes en tutelle et de la femme mariée, l'article 2121 énumère celles de l'Etat, des communes, des établissements publics (il faut ajouter : et des départements) sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, et l'article 2122 donne aussi à ces hypothèques le caractère d'hypothèques générales : le tiers détenteur d'un immeuble grevé de l'une de ces hypothèques pourra donc opposer l'exception de discussion. Cependant l'hypothèque de l'Etat est considérée par certains (1) comme spéciale depuis la loi du 5 septembre 1807. Cette loi a eu pour effet de grever d'un privilège au profit de l'Etat tous les immeubles que le comptable, ou sa femme même séparée de biens, a acquis à titre onéreux depuis sa nomination ; l'hypothèque légale de l'article 2121 *in fine*, ne s'applique donc plus qu'aux autres biens qui ne sont pas grevés de ce privilège, elle a perdu par consé-

(1) Baudry-Lacantinerie. *Précis*, III, n° 1250.

quent sa généralité. Nous croyons au contraire que la loi de 1807 n'a modifié en rien ce caractère, elle a simplement transformé l'hypothèque légale en hypothèque privilégiée sur une partie des immeubles du débiteur, il n'y a là aucune spécilisation ; l'hypothèque légale grève comme auparavant tous les biens présents et à venir du comptable, seulement, sur certains, elle a un rang de faveur, elle est *renforcée*.

On admet généralement aujourd'hui que les hypothèques légales de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics peuvent être réduites suivant les règles de l'article 2161 (1); on invoque en ce sens l'article 45 de la loi du 16 septembre 1807, qui charge la cour des comptes de statuer sur les demandes en réduction. D'après les principes que nous avons adoptés pour les hypothèques légales de la femme mariée et des personnes en tutelle, la réduction ne rendra ces hypothèques spéciales, que si elle affecte à la fois les immeubles qui en sont grevés et les créances qu'elles garantissent, alors seulement le tiers détenteur d'un de ces immeubles se verra déchu du bénéfice de discussion.

Dans toutes les hypothèques générales que nous avons étudiées jusqu'ici, c'est le *législateur* lui-même qui apporte des exceptions au principe de la spécialité, l'article 2130 de son côté permet aux *débiteurs* de déroger au même principe en constituant des hypothèques sur *leurs biens à venir*, lorsque leurs biens présents et libres

(1) Dalloz. *Suppl. v° Priv. et Hyp.* n° 1588.

sont insuffisants pour leur procurer le crédit dont ils ont besoin, et à la condition de déclarer cette insuffisance dans l'acte constitutif.

Mais cette manière de présenter l'hypothèque sur les biens à venir comme une hypothèque générale n'est pas admise sans conteste, et la jurisprudence est même d'un avis opposé (1). Nous maintenons cependant notre opinion, parce que nous la croyons conforme à la pensée du législateur. En effet, dans l'article 2129, il présente comme une règle générale la spécialité du gage hypothécaire : *toute hypothèque conventionnelle ne sera valable que si la nature et la situation de chacun des immeubles grevés sont déclarées dans l'acte constitutif*. Comme contre-partie de cette règle, il en pose une autre : *les biens à venir ne peuvent être hypothéqués* ; pourquoi ?... MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes nous en donnent cette raison : « Parce qu'on ne conçoit guère l'hypothèque des biens à venir que comme affectant les biens *en bloc, d'une manière générale*. Comment alors serait-il possible d'indiquer dans l'acte constitutif de l'hypothèque la nature et la situation de *chacun* de ses biens, puisqu'on ne sait quels ils sont ? » (2)

C'est donc parce qu'ils ne satisfont pas à la condition

(1) Cass. 27 avril 1846. S. 46. I. 369. Grenoble 10 janvier 1870. S. 72, II, 307.

Dans le même sens : Delvincourt III, p. 610 note 3. Duranton XX, n° 250. Troplong III n° 808. Massé et Vergé *sur* Zachariæ V, § 825 n° 25 p. 239. Aubry et Rau. III § 287 texte et note 21 p. 722. Pont II n° 1161. Mourlon *Répétit. écrites*, III, n° 1645.—*Contra*: Tarrible *Rep. v° Tiers détenteur* § 8. Grenier, *Hyp.* II n° 326. Planiol II n° 3212.

(2) *Priv. et Hyp.* II. n° 1381.

de la spécialité du gage hypothécaire que les biens à venir ne peuvent être affectés hypothécairement par le débiteur à la garantie de son obligation ; par conséquent, lorsque dans l'article suivant le législateur permet sous certaines conditions qu'ils y soient affectés, cette hypothèque apparaît bien comme une *exception* à la règle de la spécialité, exception que l'article 2130 met en lumière par son premier terme : NÉANMOINS... ; elle est donc *générale*.

Du reste, il convient de bien préciser les termes de la question, elle se limite naturellement à l'hypothèque qui grève *tous* les biens à venir d'un débiteur à *titre universel* ; c'est celle-là *seule* que visent les articles 2129 *in fine* et 2130. Quant à l'hypothèque que le débiteur veut constituer *sur tel ou tel bien déterminé* dont il n'a pas la propriété, elle ne rentre pas dans le domaine de ces articles ; c'est l'hypothèque *de la chose d'autrui*, elle satisfait à la condition de la spécialité de l'article 2129, mais on s'accorde à la considérer comme *nulle*, parce que une telle constitution d'hypothèque équivaldrait pour le débiteur à disposer d'un bien qui ne lui appartient pas. Certains d'ailleurs n'envisagent cette nullité que comme une nullité *relative*, et soutiennent que l'acquisition de l'immeuble hypothéqué par le débiteur vaut confirmation pour la constitution de l'hypothèque (1) : « L'hypothèque des biens à venir est interdite, dit

(1) Colmet de Santerre, IX, n° 92 *bis* IV. — *Contra*: Aubry et Rau, III § 266, note 3, p. 439. Dijon, 25 avril 1855. S. 55. II. 403. Cass. 24 mai 1892. D. 92. I. 327. Montpellier, 10 fév. 1896. S. 96. II. 128.

M. Colmet de Santerre, elle présenterait, par le vague même de sa constitution, plus de dangers que l'hypothèque générale des biens présents, *c'est du reste l'hypothèque des biens à venir à titre universel qui est ici prohibée*; la convention ayant pour objet *un immeuble déterminé*, hypothéqué sous la condition qu'il appartiendra plus tard au constituant, ne présente pas les mêmes dangers, et elle se confond avec la convention dont nous avons parlé plus haut, la constitution d'une hypothèque *sur la chose d'autrui*. » (1).

Examinons maintenant l'opinion qui considère l'hypothèque des biens à venir comme une hypothèque spéciale.

Son argumentation peut se résumer ainsi : bien que l'hypothèque s'étende à tous les immeubles présents et à tous les immeubles que le débiteur acquerra dans l'avenir, inscription doit être prise sur *chacun* de ces immeubles, l'hypothèque n'aura d'effet qu'autant que cette formalité aura été remplie pour chacun d'eux, donc elle manque de généralité à l'origine et dans l'avenir; en un mot, l'hypothèque des biens à venir n'est pas générale, *puisque'elle doit nécessairement être spécialisée dans l'inscription*.

On peut cependant, et très légitimement, douter que l'hypothèque des biens à venir soit soumise à la nécessité d'inscriptions spéciales pour *chaque* immeuble acquis par le débiteur. L'article 2130 dit que chacun des biens que le débiteur acquerra par la suite, y demeure affecté

(1) Colmet de Santerre, IX, n° 96 bis, 3°.

« à mesure des acquisitions » ; il ne dit pas « à mesure des inscriptions » ; il est dès lors permis de concevoir que l'inscription de cette hypothèque puisse se faire dans les mêmes conditions que l'inscription de l'hypothèque judiciaire : l'inscription prise dans un bureau sera valable pour tous les immeubles que le débiteur acquerra par la suite dans le ressort de ce bureau. On peut d'ailleurs se demander dans le système contraire, comment s'y prendrait le créancier pour obtenir, à chaque acquisition, les renseignements nécessaires pour désigner exactement la nature et la situation des nouveaux immeubles.

Même si l'on admet qu'une inscription spéciale sur chaque bien est indispensable pour l'efficacité de l'hypothèque, cela entraîne-t-il nécessairement cette conséquence que cette hypothèque est spéciale ? Non ; à notre avis la spécialité de l'hypothèque dans l'inscription ne se confond pas avec la spécialité dans l'acte constitutif, elle en est complètement indépendante, si bien qu'elle peut exister en l'absence de l'autre : ainsi sous le régime de l'édit de 1673, la constitution de l'hypothèque pouvait être générale et porter sur tous les biens du débiteur, la publicité seule était spéciale ; ainsi encore dans la législation italienne actuelle, l'hypothèque judiciaire et les hypothèques des personnes en tutelle et des femmes mariées conservent leur caractère d'hypothèques générales, cependant, pour chacun des immeubles qui en sont grevés, l'inscription est spéciale (C. civ. ital. art. 292, 293, 1969, 1986).

Nous concluons donc que l'hypothèque sur les biens

à venir est *générale* (1), par conséquent, nous reconnaitrons encore au tiers détenteur de l'un des biens grevés de cette hypothèque, le droit d'opposer l'exception de discussion au créancier.

(1) Tous les arguments en faveur de cette opinion ont été présentés par la cour d'Angers dans son arrêt du 14 juillet 1842. (S. 42. II. 469.) La cour de cassation n'y a pas souscrit, et elle a cassé cette décision dans son arrêt du 27 avril 1846 précité, mais en prenant ce parti, on peut dire qu'elle a plus affirmé que prouvé et qu'elle n'a pas détruit la force d'argumentation de l'arrêt de la cour d'Angers dont nous reproduisons ici les attendus: « Attendu, dit cette cour, qu'après avoir posé dans l'article 2129 le double principe que la spécialité est de l'essence de l'hypothèque conventionnelle, et que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués conventionnellement, le code civil y fait immédiatement exception par l'article 2130, en autorisant le débiteur dont les biens sont insuffisants pour la sûreté de la créance, à consentir que chacun qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. Attendu que la stipulation autorisée par cet article crée une classe particulière d'hypothèques conventionnelles, laquelle comme toute hypothèque, doit être inscrite dans les mêmes termes qu'elle a été constituée; or, elle ne peut être que générale, puisqu'il serait impossible de désigner ni l'espèce, ni la situation d'un bien à venir qui peut-être n'existera pas; il faut naturellement qu'elle précède l'acquisition, afin d'obtenir l'effet que chaque immeuble soit atteint par l'hypothèque au moment même où il devient la propriété du débiteur. Attendu que rien n'autorise à prétendre que l'inscription doit être renouvelée et spécialisée à chaque appropriation: cette formalité serait sans intérêt pour les tiers qui sont avertis par l'inscription générale, laquelle s'étend sur les biens qui adviendraient au débiteur dans l'arrondissement du bureau où elle a été prise; l'assujettissement à une nouvelle inscription aurait pour résultat de rendre le plus souvent illusoire la faculté accordée dans des vues d'utilité publique par l'article 2130: aussi cette exigence ne se fonde sur aucun texte, elle est même en opposition avec les expressions dudit article portant que les « biens à venir sont affectés à mesure des acquisitions, » ce qui n'aurait pas lieu s'il fallait en outre et après l'acquisition, que le créancier s'inscrivit expressément sur l'immeuble à l'égard duquel rien ne vient lui manifester l'appropriation de son débiteur.... »

Avec l'hypothèque des biens à venir, nous avons du reste épuisé la liste des hypothèques générales, et, par suite, délimité le domaine d'application du bénéfice de discussion du tiers détenteur.

L'article 2171, en refusant au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué le droit d'opposer cette exception à un créancier ayant une hypothèque spéciale, exclut de ce bénéfice les tiers détenteurs d'immeubles grevés de l'hypothèque légale des légataires, ou de l'hypothèque légale des créanciers d'un commerçant failli, ou des privilèges dégénérés en hypothèques légales de l'article 2113. Aurait aussi le caractère d'hypothèque spéciale, l'hypothèque conventionnelle qui porterait sur tous les biens présents nominativement désignés du débiteur.

Enfin le bénéfice de discussion ne peut non plus être opposé aux créanciers *privilegiés*, et, comme le texte ne fait pas de distinction, on en conclut qu'il ne peut pas l'être même aux créanciers nantis de *privilèges généraux*, ce qui s'explique, ajoute-t-on, en raison de la faveur dont ils jouissent et de la modicité relative de leurs créances. M. Colmet de Santerre, de son côté, apporte à cette opinion l'appui de l'argument suivant : si les rédacteurs du Code n'ont pas voulu qu'on pût opposer notre exception à un créancier ayant un privilège général, c'est parce qu'ils sont partis de ce principe que, dans aucun cas, un privilège ne pouvait produire des effets moins énergiques que l'hypothèque. « Le privilège, dit-il, est une hypothèque privilégiée, il doit donc être traité en tous points comme l'hypothèque *la plus favorisée* ; il serait étrange qu'une certaine hypothèque eût des avantages que n'aurait pas

le privilège (1). » Si l'on eût admis la règle contraire, un tiers détenteur aurait pu opposer l'exception de discussion à un créancier nanti d'un privilège général, alors qu'il ne le pourrait pas à l'encontre d'un créancier à hypothèque spéciale; d'où l'on aurait conclu à l'infériorité, à ce point de vue, de l'hypothèque privilégiée générale sur l'hypothèque simple spéciale.

Pour nous, la question du bénéfice de discussion ne se pose même pas, quand il s'agit de privilèges généraux; nous nous rallions en effet à l'opinion qui leur refuse tout droit de suite (2), les créanciers qui en sont nantis ne peuvent dès lors les exercer sur les immeubles de leur débiteur, qui sont passés entre les mains de tiers étrangers à la dette, et il n'y a pas lieu pour ces derniers, de les renvoyer discuter le débiteur. Il ne rentre pas dans notre sujet d'établir ici tout un débat sur cette question du droit de suite des privilèges généraux en tant que s'exerçant sur les immeubles, disons seulement que le législateur nous paraît avoir suivi la tradition de notre ancien droit dans lequel les créanciers jouissant de privilèges généraux n'avaient qu'un simple droit de préférence, sans droit réel sur les immeubles, ni droit de suite contre les tiers.

1) Colmet de Santerre, IX, n° 151 *bis* XIII.

(2) Thézard, n° 387. Planiol, II, n° 3006, note 1, 3166, 3184.

CHAPITRE III

DES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE DISCUTÉES

Non content de restreindre le bénéfice de discussion au cas où le tiers détenteur possède des immeubles grevés d'une hypothèque générale, le législateur l'a encore subordonné à une condition qui en diminue singulièrement la portée : le tiers détenteur ne peut plus aujourd'hui renvoyer le créancier poursuivant discuter que le *principal* ou les *principaux obligés* qui possèdent des immeubles hypothéqués à la même dette.

Par principaux obligés, il faut entendre les débiteurs qui le sont *en première ligne*, en qui l'obligation a sa raison d'être et se suffit à elle-même sans être l'accessoire d'une autre, ce qui exclut les cautions. Certains auteurs, cependant, parmi lesquels MM. Troplong et Pont, interprètent les mots *principaux obligés* par *personnellement obligés*. « La loi, dit M. Troplong, donne aux obligés personnels la qualification d'obligés principaux, parce qu'en effet le lien principal, qui est le lien personnel, pèse sur eux, tandis que les autres n'ont qu'une obligation accessoire comme

tiers détenteurs » (1) ; et M. Pont : « Si par rapport au débiteur direct, la caution est un débiteur accessoire, il est vrai de dire qu'elle est elle-même débiteur principal, ou principalement obligée par rapport au tiers détenteur, en sorte qu'on se trouve ici dans les termes mêmes de la loi. » (2)

L'opinion exprimée par MM. Troplong et Pont, tend à restaurer dans notre droit moderne l'ordre de poursuites que nous avons vu en vigueur dans le droit romain après la novelle IV, et dans l'ancien droit français, et d'après lequel le tiers détenteur poursuivi pouvait renvoyer le créancier discuter, non seulement le débiteur principal, mais aussi les débiteurs accessoires, fidéjusseurs et cautions. La seule modification apportée par les rédacteurs du code au système ancien consisterait, en ce que la discussion serait subordonnée à la possession, par ces débiteurs accessoires, d'immeubles hypothéqués à la dette.

Il faut avouer que c'est faire violence aux termes de l'article 2170 que d'étendre à la *caution* la qualité de débiteur *principal*, elle dont l'engagement est *accessoire* et n'a sa raison d'être que dans l'engagement d'un autre débiteur, si bien qu'elle n'est pas tenue de supporter définitivement le poids de la dette et qu'elle a toujours un recours contre ce débiteur ; le législateur en employant dans l'article 2170 les expressions « débiteurs principaux » n'a pu avoir en vue les cautions. D'ailleurs, dans un

(1) Troplong, *Priv. et Hyp.*, III, p. 431, n° 800 *bis*.

(2) Pont, *Priv. et Hyp.*, II, n° 1163.

autre texte du code, l'article 2037, que nous étudierons à propos de l'exception de cession d'actions, nous verrons qu'il a entendu accorder à la caution une sorte de prééminence sur le tiers détenteur, prééminence caractérisée par ce fait que, si elle paie la dette, elle est subrogée aux droits du créancier contre le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à cette même dette, tandis qu'au contraire si c'est le tiers détenteur qui effectue le paiement, la subrogation aux droits du créancier contre la caution ne lui profite pas. Cette disposition établit donc un nouvel ordre de poursuites, d'après lequel la caution ne peut être poursuivie *qu'après* le tiers détenteur, et qui, par suite, empêche celui-ci de *se prévaloir du bénéfice de discussion contre elle*.

Nous donnerons au contraire la qualité de débiteurs principaux aux débiteurs tenus *conjointement* ou *solidairement* entre eux, par exemple, à la femme et à son second mari lorsqu'elle a avec celui-ci la tutelle des enfants d'un premier lit (art. 396). Nous considérerons même comme tenue de l'obligation principale la *caution solidaire*, car aux yeux des tiers, elle est sur le même rang que le débiteur qu'elle cautionne, et ce n'est que dans ses relations avec celui-ci que son engagement est accessoire.

Quant à celui qu'on est convenu d'appeler *caution réelle*, parce qu'il a hypothéqué son bien à la garantie de la dette d'autrui, M. Pont maintient pour lui la solution qu'il a donnée pour les cautions *personnelles*; comme elles, il est un débiteur *principal*, et le détenteur peut renvoyer le créancier discuter l'immeuble qu'il a affecté à la sureté de la dette d'autrui, parce que « la

spécialité de l'hypothèque dont son bien est grevé ne lui permet d'élever aucune objection contre le tiers détenteur qui demande à le faire discuter. » (1).

Ainsi présenté, cet argument peut être interprété de deux façons différentes. Et d'abord, M. Pont, en s'exprimant de cette façon, a peut-être eu en vue l'*espèce de bénéfice de discussion* qui avait précédé en droit romain celui de la novelle IV, et qui, sous le nom d'*excussio realis*, avait pour effet, lorsqu'une même dette était garantie à la fois par une hypothèque *spéciale* et par une hypothèque *générale*, de renvoyer le créancier discuter les biens grevés de l'hypothèque *spéciale* avant de s'en prendre à ceux qui étaient affectés de l'hypothèque *générale* (2). Comme l'immeuble possédé par la caution réelle est grevé d'une hypothèque *spéciale*, le créancier doit le discuter *avant* d'exercer sa poursuite contre les biens des tiers détenteurs qui sont grevés d'une hypothèque *générale*, par conséquent « *la spécialité de l'hypothèque dont le bien de la caution est grevé ne lui permet d'élever aucune objection contre le tiers détenteur qui demande à le faire discuter.* » On peut encore entendre l'argument de M. Pont dans un autre sens. La caution réelle a grevé son bien d'une hypothèque *spéciale*, or, suivant l'article 2171, le bénéfice de discussion n'est opposable qu'aux créanciers ayant hypothèque *générale*, la caution réelle n'ayant par conséquent pas le droit d'opposer l'exception de discussion, le tiers détenteur

(1) Pont, *Priv. et Hyp.*, II, n° 1163.

(2) V. *supra* p. 109.

d'un immeuble grevé d'une hypothèque *générale* peut le faire discuter par le créancier poursuivant.

Qu'il soit considéré sous l'un ou sous l'autre aspect, le raisonnement de M. Pont paraît également inexact. D'une part, aucun texte ne permet de faire revivre, dans notre droit moderne, l'*excussio realis* du droit romain, les articles 2170 et 2171 n'établissant qu'une *seule espèce* d'exception de discussion en matière hypothécaire, et cette exception n'ayant d'effet qu'entre immeubles grevés d'une hypothèque *générale*. D'autre part, de ce que la caution réelle ne jouit pas du bénéfice de discussion parce que l'hypothèque qui pèse sur son bien est *spéciale*, on ne peut déduire qu'elle soit obligée de subir la discussion opposée par le tiers détenteur d'immeubles affectés à la même dette ; une telle conclusion n'est pas en rapport avec les prémisses, elle les dépasse.

Pour nous donc, la caution réelle n'est pas un débiteur *principal* que le tiers détenteur peut faire discuter par le créancier (1). Cette solution est conforme à celle que nous avons donnée pour la caution personnelle, et elle se justifie par un argument *a fortiori* ; nous serons du reste bientôt amené à rapprocher encore les deux situations, et à conclure que la caution réelle jouit du bénéfice de discussion *dans les mêmes conditions* que la caution personnelle (2).

(1) En ce sens : Aubry et Rau, III, § 287, note 20 *bis*, p. 721. Colmet de Santerre, IX, n° 151 *bis*. Thézard, n° 168. Baudry-Lacantinerie et de Loyes, III, n° 2161.

(2) V. *infra* p. 177-180.

Enfin, le texte de l'article 2170 exclut la possibilité pour le tiers détenteur de renvoyer le créancier discuter les acquéreurs *postérieurs* de biens hypothéqués à la dette (1). Dans l'ancien droit cet usage n'était d'ailleurs pas général, il était seulement admis par quelques coutumes isolées.

Il ne suffit plus aujourd'hui au tiers détenteur poursuivi de renvoyer le créancier hypothécaire discuter le débiteur principal, l'article 2170 exige pour que l'exception soit efficace, que ce dernier ait entre les mains *des immeubles grevés de la même hypothèque*. Il a paru aux rédacteurs du code que l'atteinte portée par le bénéfice de discussion aux droits du créancier hypothécaire ne devait pas aller jusqu'à forcer celui-ci à abandonner, même provisoirement, le gage sur lequel son hypothèque lui donne une préférence, pour discuter des biens sur lesquels il ne pourrait venir que comme créancier chirographaire, et en concurrence avec les autres créanciers de son débiteur. Si donc le débiteur principal n'a que du mobilier, ou si les immeubles qu'il possède ont été soustraits à l'hypothèque générale du créancier, l'exception de discussion ne peut être opposée efficacement par le tiers détenteur.

Lorsque le débiteur principal a en sa possession des immeubles affectés de l'hypothèque, encore faut-il que ces biens satisfassent aux conditions exigées des biens à discuter par le *Titre du Cautionnement*. L'article 2170 renvoie pour « *la forme de la discussion* » à ce *Titre*, or

(1) Aubry et Rau, III, § 287, texte et note 20 *ter*, p. 721.

nous pensons qu'il faut interpréter ce mot « *forme* » d'une façon très large ; la *forme de la discussion* ce n'est pas seulement la procédure et ses diverses phases, comme la fixation du moment où l'exception doit être opposée, l'indication des biens, l'avance des frais ; ce sont aussi *toutes les autres conditions* qui peuvent s'adapter de l'exception de discussion de la caution à l'exception de discussion du tiers détenteur.

Suivant ces principes, nous dirons que le tiers détenteur ne peut renvoyer le créancier discuter des immeubles *litigieux* (1), ni des immeubles situés dans le ressort d'une cour d'appel *autre que celle du lieu où le paiement doit être fait*, ni enfin des immeubles dont le prix devrait, selon toute évidence, être *absorbé* par d'autres créanciers antérieurs privilégiés ou hypothécaires (2).

(1) En ce sens : Colmet de Santerre, IX, n° 151 *bis*, VII. Aubry et Rau III, § 287, p. 722. Pont II, n° 1164, p. 483. Troplong, III, n° 801. Mourlon, III, n° 1547. André, n° 992. Guillouard III, n° 1664. — *Contra*, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, 2163. Thézard, n° 168.

(2) Bordeaux, 6 août 1833. S. 34. II. 51.

Pour le cas où le prix doit être absorbé par d'autres créanciers, voir Toulouse, 30 avril 1836. S. 37. II. 23.

CHAPITRE IV

DES TIERS DÉTENTEURS QUI PEUVENT OPPOSER LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION

Les seuls tiers détenteurs qui puissent, sur la poursuite des créanciers hypothécaires, opposer l'exception de discussion, sont ceux qui ne sont pas *personnellement obligés* à la dette (art. 2170). A quoi bon en effet, leur permettre d'échapper à l'action hypothécaire, si d'autre part ils sont tenus de répondre à l'action personnelle sur *tous leurs biens*, y compris l'immeuble grevé de l'hypothèque ?

Or le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué est *personnellement* engagé pour la même dette envers le créancier hypothécaire, soit *par suite de l'acquisition de l'immeuble*, soit *indépendamment de cette acquisition*.

I. A LA SUITE DE L'ACQUISITION DE L'IMMEUBLE. — L'acquisition de l'immeuble par le tiers détenteur peut avoir été faite en vertu *d'une aliénation entre-vifs*, ou en vertu *d'une aliénation pour cause de mort*.

Les modes d'acquisition *entre-vifs* ne font pas naître *par eux-mêmes* à la charge de l'acquéreur, une obligation *personnelle* envers les créanciers de son ayant-cause, ils ne peuvent jamais porter sur une *universalité juridique* comprenant à la fois des droits actifs et passifs, et ils ont

toujours lieu à titre particulier. Pour que dans ces conditions, l'acquéreur de l'immeuble soit *personnellement obligé* envers les créanciers de l'aliénateur, il faudra qu'une *convention spéciale* intervienne à côté du contrat d'acquisition, que par exemple dans la vente, l'acheteur du fonds *s'engage* à désintéresser les créanciers inscrits.

D'après cette remarque, pour étudier l'influence de telles acquisitions sur la situation du tiers détenteur, nous n'aurions simplement qu'à nous référer aux observations qui seront faites au paragraphe II, si nous ne pensions que dans notre cadre peut rentrer l'examen de deux questions controversées.

La première se formule ainsi: *l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué a-t-il le droit d'opposer le bénéfice de discussion après avoir fait des notifications à fin de purge?* la seconde question a trait à l'explication de l'article 1666 du Code civil et au *bénéfice de discussion* que ce texte établit au profit de *l'acquéreur à pacte de rachat*.

L'intérêt de la première question se présente pour le tiers détenteur quand, à ses notifications, un créancier inscrit répond par *une surenchère*: il se voit alors en danger de perdre l'immeuble, puisque cette surenchère en provoque la mise en adjudication; peut-il conjurer ce danger en opposant au surenchérisseur que *d'autres immeubles hypothéqués à la même dette sont restés entre les mains du principal débiteur et qu'il doit les discuter au préalable?* L'espèce s'est présentée en 1810 devant la cour de Rennes, qui, dans un arrêt du 31 août, a résolu la question *négativement* en se fondant sur les

motifs suivants: « Considérant qu'il résulte de l'insertion de l'article 2170 du Code civil à la suite des articles 2167, 2168 et 2169 qui règlent les obligations du tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités prescrites pour purger sa propriété, que la faveur de la discussion préalable des autres immeubles restés en possession du vendeur, est limitée aux cas que ces articles ont précisés, que s'il eût été dans l'intention du législateur de l'étendre même au bénéfice de l'acquéreur qui a fait les suites nécessaires pour purger son contrat, il s'en fût formellement expliqué au chapitre VIII, comme il l'avait fait au chapitre VI. Considérant d'ailleurs, que l'évènement de de la surenchère a été prévu par le contrat volontaire du 15 janvier dernier, et que dans ce cas, l'appelant s'est borné à stipuler qu'il sortirait indemne tant du principal que des accessoires de son contrat, ce qui était renoncer, au moins implicitement, à la prétention d'un bénéfice de discussion, fortifier la disposition de la loi par un acquiescement volontaire, et abandonner son acquit à la chaleur des surenchères ; confirme.... » (1)

Selon nous, la question ne doit pas seulement se résoudre par *l'argument de texte* invoqué dans ces considérants ; elle se rattache à la question beaucoup plus générale de savoir *quels effets* produisent sur la situation du tiers détenteur les notifications qu'il a faites conformément aux articles 2181 et suivants (2). Si on

(1) D. Rép. v° *Priv. et Hyp.* n° 1944.

(2) Cette question est surtout agitée quand il s'agit de déterminer le moment où cesse la nécessité de renouveler l'inscription de l'hypothèque, et quand il s'agit de savoir si le détenteur peut modifier et restreindre ses offres.

regarde ces offres comme une simple *pollicitation* susceptible d'être révoquée tant qu'elles n'ont pas été *acceptées* par les créanciers expressément ou tacitement (par l'expiration du délai de quarante jours), ou, s'il y a surenchère, tant que le jugement d'adjudication n'a pas été prononcé, le tiers détenteur pourra opposer l'exception de discussion. Si l'on admet au contraire avec l'opinion commune que, en vertu des notifications à fin de purge, le tiers détenteur est engagé *dans une certaine mesure personnellement envers les créanciers inscrits*, qu'il ne lui est plus permis de *revenir* sur ses offres, et qu'il doit supporter *nécessairement* les conséquences qu'elles entraînent, il n'y a plus lieu pour lui *a fortiori* d'invoquer l'exception de discussion.

Nous nous rallions à cette dernière opinion, sans doute les offres du tiers détenteur ont le caractère d'une simple pollicitation, mais on conçoit qu'un pollicitant s'engage *à ne pas retirer sa proposition avant une certaine époque*, que par conséquent, *il ne pourrait la rétracter avant l'expiration d'un certain délai, si elle est parvenue à la connaissance du destinataire* : or, « ce que la volonté des parties peut faire par la convention, le législateur a certainement le droit de le faire par ses dispositions. Telle est précisément notre hypothèse : les notifications ont été signifiées aux créanciers inscrits ; les offres qu'elles contiennent sont parvenues à leur connaissance ; la loi leur accorde un délai de quarante jours pour étudier la situation et prendre la détermination la plus conforme à leurs intérêts. En usant de la faculté que lui offre la loi, le tiers détenteur leur

concède, pour exercer leur faculté d'option, le délai déterminé par le législateur ; en le leur accordant, il consent à rester tenu jusqu'à son expiration. » (1).

Il y aurait du reste de graves inconvénients pour la poursuite hypothécaire, à ce qu'il en fût autrement : le retrait de ses offres par le tiers détenteur retarderait cette poursuite alors que les créanciers, prévenus par les notifications, n'ont pu adresser ni commandement ni sommation de payer ou de délaisser ; il leur préjudicierait, car ils ont pu s'imposer des sacrifices pour remplir les conditions de la surenchère.

Il convient de préciser la portée de la solution que nous adoptons : nous ne voulons pas dire par là que, en vertu des notifications, il s'opère une *novation* de l'obligation, que celui qui les a faites *perd sa qualité de tiers détenteur*, nous lui maintenons au contraire cette dernière qualité : il n'est donc obligé que *dans la mesure des droits hypothécaires* de chacun des créanciers, il conserve la faculté de discuter leurs droits, de leur opposer la prescription de l'article 2180-4° al. 3. Mais, en vertu des offres, il est né un droit au profit de tous les créanciers inscrits, même de ceux dont les créances ne sont pas exigibles : le droit de requérir la revente de l'immeuble en surenchérissant, ou celui d'être payé de suite même de leurs créances non échues ; et la naissance de ce droit exclut, pour le détenteur, la possibilité de renvoyer ces créanciers poursuivre les immeubles qui sont restés entre les mains du débiteur principal, la possibilité *d'opposer le bénéfice de discussion*.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2427.

Nous arrivons à l'examen de la deuxième question que nous avons fait rentrer dans le cadre de ce paragraphe, à l'explication de l'article 1666. Ce texte est ainsi conçu : « Il (l'acquéreur à pacte de rachat) peut opposer le bénéfice de la discussion aux créanciers de son vendeur. » Cette rédaction soulève une controverse diversement tranchée dans la doctrine : *est-ce un renvoi au bénéfice de discussion des articles 2170, 2171, ou bien s'agit-il d'un bénéfice spécial à l'acquéreur à pacte de rachat ?*

Considéré sous ce dernier aspect, il se présente comme opposable non plus à l'action réelle des créanciers à hypothèque générale (art. 2170, 2171), mais à l'action par laquelle les créanciers quels qu'ils soient du vendeur, exercent le droit de rachat de leur débiteur en vertu de l'article 1666. La faculté d'user de ce droit est pour eux d'autant plus avantageuse que, bien souvent, la vente à réméré a été conclue à bas prix, et qu'en faisant rentrer l'immeuble dans le patrimoine de leur débiteur par ce moyen, ils ont chance d'en retirer plus tard à l'expropriation un prix plus élevé. L'article 1666 aurait donné à l'acquéreur avec pacte de rachat le droit de répondre à cette prétention des créanciers : avant de me retirer le bénéfice de mon acquisition, prenez-vous en aux biens qui sont actuellement dans le patrimoine de votre débiteur, discutez-les ; s'ils sont insuffisants pour vous satisfaire, il vous sera toujours loisible de vous retourner contre moi, et, en offrant le prix que j'ai payé, reprendre le bien au nom de mon vendeur.

Un tel bénéfice est une dérogation au droit commun

del'article 1666, puisque l'action *oblique* pour être exercée par un créancier contre le débiteur de son débiteur, n'a pas besoin d'être précédée d'une discussion des biens de ce dernier. C'est bien la pensée des partisans de cette théorie, M. Labbé dans une note insérée au cours d'une étude publiée par lui sur l'article 1666 dans la *Revue critique* de 1856, IX, n° 15 s'exprime ainsi : « Une exception était faite dans le cas où il s'agissait de rescinder, pour plus de moitié, une vente consentie par un débiteur. Les créanciers ne pouvaient user de ce droit assez exorbitant qu'après avoir épuisé le reste des biens du vendeur. Cette exception était analogue à celle faite par le code Napoléon dans l'article 1666 pour le cas où un créancier veut profiter de la faculté de rachat stipulée par son débiteur. »

Il faut dès lors se demander si cette dérogation est suffisamment justifiée par le texte de l'article 1666 qui ne distingue pas entre les divers créanciers ?

Nous ne le pensons pas.

Au point de vue de la raison d'abord, si on peut invoquer en faveur de ce système, qu'il tend à consolider la propriété entre les mains de l'acquéreur et à assurer la stabilité du contrat, on peut répondre d'autre part, que ces résultats, appréciables dans tout autre contrat, le sont moins dans l'espèce d'une vente à réméré; généralement l'acquéreur n'aura payé qu'un prix relativement peu élevé en raison de cette clause; comme l'a dit M. Demolombe : « Le plus souvent les ventes avec faculté de rachat sont faites sous la pression de circonstances difficiles et d'un pressant besoin d'argent, à des conditions désavantageuses, quelquefois même à très

vil prix par le vendeur, qui se flatte de pouvoir, une fois la crise passée, rentrer dans sa propriété, en n'ayant à rembourser qu'une somme relativement minime (1). » La conservation de la propriété entre les mains de l'acheteur ne ferait par conséquent que déprécier la valeur de l'immeuble vendu ; au contraire, sans l'obstacle du bénéfice de discussion, les créanciers, en le rachetant au prix payé par l'acquéreur, auront grand intérêt à vendre au plus haut prix, de manière à pouvoir être complètement désintéressés. L'intérêt général de la propriété immobilière exige donc que la faculté de rachat ne soit pas plus entravée quand elle est exercée par les créanciers du vendeur, que quand elle est exercée par le vendeur lui-même.

Si à ce premier point de vue, le *bénéfice de discussion spécial* de l'acquéreur à réméré ne se justifie pas suffisamment, peut-on du moins chercher à l'expliquer comme la suite d'une *tradition* observée dans les législations précédentes ?

En droit romain, dans la procédure de la *pignoris capio* on commençait par saisir les meubles, puis les immeubles du débiteur, ensuite ses créances, en d'autres termes, avant d'agir contre les débiteurs de son débiteur, le créancier devait tout d'abord s'en prendre à ses biens meubles et immeubles (2).

Mais l'ancien droit français, même dans les pays de droit écrit, avait admis un principe opposé ; c'est ainsi que

(1) Demolombe. *Tr. des Contrats*, II, n° 115 bis.

2 Loi 15, § 2. D., XLII, 1.

Despeisses dit : « Ladite discussion n'est pas nécessaire lorsque le créancier ayant hypothèque sur les obligations de son débiteur, agit contre le débiteur de son débiteur, car, puisque l'obligation active réside plutôt en la personne de celui auquel la chose est due, qu'en la personne de celui qui la doit, il s'ensuit, qu'en ce cas le créancier agissant contre le débiteur de son débiteur, agit en quelque façon contre son propre débiteur, puisqu'il agit en vertu d'une obligation résidente en la personne d'icelui. » (1). Ce principe général était, il est vrai, susceptible de comporter des exceptions, et M. Labbé, dans un texte que nous avons cité plus haut, nous en signale une au cas où il s'agissait de rescinder pour plus de moitié une vente consentie par un débiteur, « Ses créanciers, dit-il, ne pouvaient user de ce droit assez exorbitant *qu'après avoir épuisé le reste des biens du vendeur* » (2). Mais, en ce qui concerne le *pacte de rachat*, aucun texte ne signale de restriction à l'action oblique des créanciers, et Despeisses, qui a même prévu l'hypothèse du rachat exercé par les créanciers du vendeur, dit simplement : « Si le vendeur ou ses héritiers refusent d'user de ce pacte, ses créanciers en peuvent user » (3), sans qu'il soit question d'exiger au préalable *la discussion du débiteur*.

On peut donc dire que le système que nous exposons

(1) Despeisses. *Contrats, execut.*, part. III, tit. II, sect. 2.

(2) Labbé. *Rev. crit.* 1856, IX, n° 15. V. *supra*, p. 154.

(3) Despeisses, *Contrats*, part 1. de l'*accept.*, sect. VI.

n'a pas pour lui la tradition historique. Reste l'argument tiré des termes *absolus* de l'article 1666, mais n'est-il pas raisonnable de supposer que le législateur n'a pas jugé nécessaire d'indiquer d'une façon plus précise la classe de créanciers qu'il visait, puisque dans l'article précédent il venait de parler de « *ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue* » ; n'est-on pas en droit de dire qu'il édictait notre article sous le coup de ce souvenir et dans le même ordre d'idées ?

Enfin le bénéfice de discussion, considéré sous le premier aspect, risquerait fort de rester dans le domaine de la théorie, car les créanciers du vendeur paralyseraient la plupart du temps son opposition, en faisant exercer le rachat par leur débiteur lui-même auquel ils remettraient l'argent nécessaire.

Ces considérations nous amènent à conclure que *le bénéfice de discussion de l'article 1666 se confond avec le bénéfice des articles 2170, 2171*. Ce n'est pas aux créanciers quels qu'ils soient, exerçant la faculté de rachat du vendeur, leur débiteur, en vertu de l'article 1666, qu'il est opposable, *mais à l'exercice du droit de suite des seuls créanciers qui ont hypothèque sur l'immeuble* ; encore faut-il que cette hypothèque soit générale, que le débiteur principal ait entre les mains d'autres immeubles hypothéqués à la même dette, et que l'acheteur a réméré, ne soit pas personnellement obligé à la dette garantie par cette hypothèque.

Peut-être reprochera-t-on à ce système de mettre au compte des rédacteurs du code un texte inutile ? M. Troplong cependant, explique l'article 1666, par leur désir

de mettre en relief que l'acheteur a réméré est bien un propriétaire véritable, un tiers détenteur (1). Quelle que soit la valeur de cette dernière interprétation, le reproche encouru n'est d'ailleurs pas bien grave, il ne peut, à lui seul, faire échec aux arguments invoqués en faveur de notre théorie, ni constituer la base d'une dérogation au droit commun de l'action oblique de l'article 1166 (2).

Passons maintenant aux modes d'acquisition *par suite de décès*.

A. Supposons d'abord que le tiers détenteur a acquis l'immeuble comme faisant partie d'une *universalité* qu'il a recueillie soit *ab intestat*, soit *en vertu d'un testament*, soit *en vertu d'une institution contractuelle*. S'il est seul bénéficiaire, il est évidemment tenu *personnellement* des dettes de son auteur ; de même si, venant avec d'autres à la succession, le passif comme l'actif est encore indivis entre eux. La question ne prête à controverse que lorsque le partage a été fait.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où, lors de la poursuite hypothécaire, le successeur qui a reçu l'immeuble hypothéqué en partage, *a payé sa part* dans les dettes de la succession ; pourra-t-il opposer au créancier hypothécaire que *n'étant plus obligé personnellement*, il le renvoie discuter les biens des autres successeurs ?

(1) Troplong, *Vente*, II, n° 742.

(2) Il convient cependant de remarquer qu'en Belgique, où le bénéfice de discussion du tiers détenteur des articles 2170 et 2171 a été supprimé, on a conservé intacte la rédaction de l'article 1666. A moins d'y voir un oubli de la part du législateur, cette manière de faire impliquerait que le bénéfice de discussion visé dans ce texte ne se confond pas avec le premier.

Suivant MM. Aubry et Rau, le successeur partiaire, après avoir acquitté la part dont il est tenu personnellement dans la dette garantie par l'hypothèque, ne saurait se prévaloir *pour le reste* de la qualité de *tiers détenteur* : « On objecterait à tort, disent-ils, que le cohéritier ne représentant passivement le défunt que pour sa part héréditaire, doit, pour tout ce qui excède sa part, être assimilé à un tiers détenteur, car le principe sur lequel cette objection repose ne saurait recevoir d'application à l'obligation réelle corrélative au droit hypothécaire, laquelle est *indivisible* comme ce droit lui-même. » (1) L'hypothèque rend donc *indivisible solutione* la dette à laquelle elle est attachée, les mêmes auteurs le disent dans un autre passage de leur Cours : « La disposition du premier alinéa de l'article 1224, aux termes duquel le principe de la division entre les héritiers du débiteur de toute dette divisible, reçoit exception quand il s'agit d'une dette hypothécaire, ne contient pas, comme on le pense communément, une simple application de la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque. Elle exprime cette idée que l'héritier, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne peut, contre le gré du créancier, autorisé à refuser tout paiement qui ne serait pas intégral, se placer, au moyen du paiement de sa part, dans la position d'un *tiers détenteur ordinaire* en ce qui concerne les parts de ses cohéritiers (2). »

Cette théorie a au moins le mérite de justifier le légis-

(1) Aubry et Rau, VI, § 636, p. 674, note 18.

(2) Aubry et Rau, IV, § 301, p. 54, note 26.

lateur du reproche que beaucoup lui font, d'avoir confondu dans l'article 1221-1° l'indivisibilité *solutione* de la dette et l'indivisibilité du droit réel d'hypothèque. Et si d'autre part, l'on réfléchit à la manière dont se constitue la sûreté hypothécaire, on voit qu'il est juste de dire que l'indivisibilité de ce droit rend indivisible *solutione*, la dette à laquelle il est attaché. Voyons comment se produit cette influence de l'hypothèque sur l'obligation personnelle, en nous plaçant dans le cas où un héritier partiaire du débiteur devient possesseur de l'immeuble grevé.

Au moment où il a constitué l'hypothèque, le *de cujus* a contracté en même temps l'*obligation tacite de ne rien faire qui pût nuire à cette sûreté*, suivant une expression que nous avons déjà rencontrée, « il garantit son fait personnel » relativement à l'efficacité de l'hypothèque qu'il confère au créancier (1). Or, une telle obligation est indivisible, puisqu'elle porte sur *un objet indivisible, l'hypothèque* : « L'obligation de maintenir la sûreté hypothécaire promise par le contrat de constitution d'hypothèque, dit M. Pont, et de ne pas en priver contre son gré le créancier auquel elle a été donnée, est essentiellement indivisible » (2). En raison de ce caractère, cette obligation échappe au partage à la mort du *de cujus*, et tombe *tout entière* à la charge de chacun de ses héritiers. A la charge de *celui qui a reçu dans son lot l'immeuble hypothéqué*, elle produit les mêmes

(1) V. Labbé, *Rev. crit.* 1856 VIII, p. 213.

(2) Pont, *Priv. et Hyp.* II, n° 1273.

conséquences que si l'obligation d'acquitter la dette pour laquelle l'hypothèque a été consentie, avait été stipulée *indivisible solutione*. Elle lui interdit en effet tous actes par lesquels il tenterait de *limiter* le paiement de la dette à sa *part contributive*, puisque ce serait là une *atteinte* à la sûreté hypothécaire dans l'un de ses attributs les plus importants, l'indivisibilité, en vertu de laquelle le créancier peut exiger le paiement *intégral* à quiconque détient *tout ou partie du fonds grevé*. Il en résulte donc que l'héritier partiaire du débiteur ne pourra pas, après avoir payé sa quote-part dans la dette, se prévaloir de la qualité de *tiers détenteur*, et opposer au créancier le bénéfice de discussion pour le surplus : l'exception de discussion modifie au préjudice du créancier les effets de l'indivisibilité du droit hypothécaire, par conséquent, le fait de l'opposer constituerait une atteinte à l'obligation de garantie, qui est née pour le *de cujus* le jour de la constitution de l'hypothèque, et à laquelle chacun de ses héritiers a succédé *pour le tout*.

A l'appui du système qui refuse au détenteur de l'immeuble hypothéqué, en même temps héritier partiaire du débiteur, le droit d'opposer le bénéfice de discussion, il faut encore invoquer l'autorité de M. Demolombe. Après avoir reconnu au profit de cet héritier la faculté de *délaisser* l'immeuble grevé tombé dans son lot, parce que cette faculté est « inhérente à l'obligation hypothécaire qui consiste précisément dans cette alternative de délaisser ou de payer », il ajoute : « Tout autre est le caractère de l'exception de discussion et de la purge. Loin de dériver comme conséquences naturelles du droit

hypothécaire, l'une et l'autre de ces facultés constituent au contraire une *modification* profonde de ce droit dans son caractère le plus éminent, c'est-à-dire *dans son indivisibilité* : or, en tant que l'action hypothécaire est indivisible, les héritiers ou autres successeurs universels en sont tenus évidemment *pour le tout* car ils ne peuvent succéder par portion à une obligation qui n'est pas susceptible de portions ; donc ils ne peuvent recourir à l'exception de discussion ni à la purge, dont le but comme le résultat est évidemment d'altérer le caractère indivisible du droit hypothécaire que leur auteur a concédé, et qu'ils sont tenus comme lui de maintenir dans toutes ses conséquences indivisibles » (1).

Cette distinction entre la faculté de délaisser et la faculté d'opposer le bénéfice de discussion pour le successeur qui a payé sa part de dette, on la retrouve du reste dans Pothier à propos de l'*action personnelle hypothécaire* : « L'héritier en partie du débiteur, dit-il dans son Introduction au titre XX de la coutume d'Orléans n° 52, ne peut par le délais des héritages auxquels il a succédé, ni en cessant de les posséder, se décharger de la dette pour la part dont il est héritier et dont il est personnellement tenu, mais il peut, suivant la nature de l'action hypothécaire, se décharger du surplus de la dette par le délais des immeubles auxquels il a succédé, qui y sont hypothéqués ou en cessant de les posséder, » et plus loin, à propos de cette même action, il ajoute : « Il nous

(1) Demolombe, *Successions*, V, n° 75-3°. — Guillouard, *Priv. et Hyp.*, III. n° 1661.

reste à observer qu'on ne peut opposer l'exception de discussion contre l'*action personnelle hypothécaire*. »

En faveur de ce système on peut encore faire remarquer que les textes qui se rattachent à cette hypothèse, supposent toujours que le cohéritier détenteur de l'immeuble hypothéqué a payé *plus que sa part* et qu'il exerce un *recours* contre ses autres cohéritiers, ainsi l'article 875 : « *Le cohéritier ou successeur à titre universel qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel... etc.* » Ainsi encore l'article 1221 : « *L'héritier qui possède le fonds hypothéqué à la dette peut être poursuivi pour le tout... sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers.* » Par ces dispositions, ces textes laissent entendre que le cohéritier détenteur *ne peut se soustraire* au paiement de la dette entière par le moyen *préventif* du bénéfice de discussion, et qu'il a pour seule ressource, après avoir supporté en première ligne tout l'effort de la poursuite hypothécaire, de le répartir ensuite sur les autres débiteurs par son recours (1).

(1) La doctrine sur cette théorie est divisée. L'opinion de MM. Aubry, Rau et Demolombe est adoptée par Colmet de Santerre, IX, n° 151 bis, Thézard, n° 168, André, n° 992, Guillouard, *Priv. et Hyp.*, III, n° 1661. La théorie contraire est enseignée par Delvincourt, II, p. 168 et 169, Chabot, *Succ.*, sur l'art. 873, n° 15, Grenier, I, n° 173, Duranton, XX, n° 944, Troplong, III, n° 798, Laurent, XI, n° 70, Huc, V, n° 70.

La question de savoir si le détenteur d'un immeuble hypothéqué, en même temps héritier partiaire du débiteur, peut, après avoir payé sa part contributive, opposer le bénéfice de discussion comme tiers détenteur pour le surplus de la dette, ne s'est pas présentée

Remarquons en terminant nos observations sur cette hypothèse, dans laquelle nous ne pensons pas que le bénéfice de discussion puisse entraver l'action hypothécaire, qu'il n'y a pas à distinguer si l'héritier est saisi ou non, s'il a accepté ou non sous bénéfice d'inventaire: que l'héritier représente plus ou moins la personne du défunt, qu'il limite sa contribution à l'importance de son émolument, cela ne l'empêche pas de trouver toujours dans le patrimoine de son auteur *l'obligation indivisible de ne pas porter atteinte à l'efficacité de la sûreté hypothécaire*.

La théorie que nous venons de développer nous dispense d'étudier la question de savoir si le successeur, qui a reçu dans son lot l'immeuble hypothéqué, *mais qui n'a pas encore payé sa part de dettes*, pourrait forcer le créancier à recevoir le paiement de sa quote-part; une telle question n'aurait en effet d'intérêt que si, dans l'hypothèse précédente, nous avions reconnu au tiers détenteur le droit d'opposer le bénéfice de discussion.

B. L'acquisition de l'immeuble hypothéqué est faite

en jurisprudence, mais la cour de cassation, en 1867, a eu à se prononcer sur le principe qui sert à résoudre cette difficulté, dans l'occasion suivante: un créancier inscrit sur un immeuble détenu par l'un des héritiers du débiteur décédé, s'était contenté, pour exercer son action hypothécaire, d'adresser un *simple commandement* à chacun des héritiers, l'héritier détenteur prétendit qu'en ce qui le concernait la poursuite n'était pas valable, parce que, devant être considéré comme un *tiers détenteur* pour une partie de la dette, le créancier aurait dû lui *faire sommation de payer ou de délaisser*. La cour suprême, dans un arrêt du 2 décembre 1867 (S. 68, I, 161) a rejeté cette prétention, en se fondant sur ce que l'héritier partiaire ne peut être considéré comme un *tiers détenteur* pour la partie de la dette qui excède sa part contributive.

par suite d'une donation de biens présents et à venir dans les termes de l'article 1084.

Rappelons sommairement le mécanisme de cette institution : lors du décès du disposant, le donataire de biens présents et à venir peut exercer un droit d'option entre les deux termes suivants : 1° s'en tenir aux biens *présents* en payant les *dettes présentes* ; 2° opter pour les *biens à venir*, ce qui transforme la donation en *institution contractuelle*.

Il n'y a pas à se préoccuper de la situation du donataire tant que le donateur est *vivant*, puisque c'est au décès de celui-ci que la donation produit ses effets. La cour de Toulouse, dans une espèce où une fille était en même temps donataire ordinaire de biens *présents* de son père et donataire de ses biens *présents et à venir*, lui a refusé la faculté d'opposer le bénéfice de discussion aux créanciers ayant hypothèque générale, du chef de son père, sur les biens qu'elle détenait de lui par suite de la donation ordinaire, et ce, sous prétexte que, en sa qualité de donataire de biens présents et à venir, elle était éventuellement *débitrice personnelle* des dettes du donateur. (Toulouse, 19 août 1880. S. 81. II. 421.) M. Labbé, dans une note insérée sous cet arrêt, l'a très justement critiqué, et fait observer qu'il est antijuridique de déduire de la donation une conséquence actuelle et pratique, aussi longtemps que l'on ignore si le donataire acceptera ou non ; il ne doit pas plus souffrir de cette vocation qu'un tiers acquéreur héritier présomptif de celui dont la dette motive contre lui une poursuite hypothécaire.

Supposons qu'au décès du disposant, le donataire de biens présents et à venir a opté pour les biens *présents*, parmi lesquels il trouve un immeuble grevé d'une hypothèque générale; poursuivi hypothécairement comme détenteur de cet immeuble, il ne pourra opposer le bénéfice de discussion, si la dette garantie par cette hypothèque est tombée *entièrement* à sa charge en vertu de l'état des dettes dont il est parlé dans l'article 1084; il est en effet alors *personnellement obligé* à cette dette. Au contraire, il pourra se prévaloir du bénéfice, si la dette n'est tombée que *pour partie* à sa charge et s'il a déjà payé cette quote-part, ou bien encore si elle n'a pas été mentionnée dans l'état annexé; c'est qu'en effet, en optant pour les biens présents, *il ne représente pas la personne du donateur* il n'est pas son successeur *universel*; la donation, en tant qu'elle s'applique aux biens présents, ne peut être qu'une donation *à titre particulier* ne mettant à la charge du donataire aucune dette personnelle du donateur, sauf celles qui sont explicitement désignées dans l'acte; en dehors de celles-ci, le donataire jouit des avantages concédés à son titre de *tiers détenteur*.

S'il opte pour *les biens présents et à venir*, on retombe dans l'hypothèse d'une *institution contractuelle* que nous avons déjà prévue en l'assimilant aux successions et aux legs universels ou à titre universel.

C. L'immeuble a été acquis *en vertu d'un legs à titre particulier*.

L'article 871 porte que le légataire à titre particulier n'est pas tenu des dettes et charges, sauf toutefois

l'action hypothécaire sur l'immeuble légué. Il rentre tout à fait dans la catégorie des tiers détenteurs *non personnellement obligés* à la dette garantie par l'hypothèque qui grève leurs immeubles et, par conséquent, peut opposer le bénéfice de discussion à l'exercice du droit de suite des créanciers hypothécaires.

II. TIERS DÉTENTEUR PERSONNELLEMENT OBLIGÉ INDÉPENDAMMENT DE L'ACQUISITION DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ. — Le tiers détenteur est *personnellement obligé*, indépendamment de l'acquisition qu'il a faite de l'immeuble, dans les hypothèses suivantes :

1^o S'il s'est engagé *solidairement* avec le débiteur, que cette solidarité existe réellement entre les deux débiteurs, ou qu'elle cache un cautionnement du tiers détenteur envers le débiteur, car dans ce dernier cas, aux yeux des tiers, il n'en est pas moins tenu *personnellement et principalement*, et traité de la même manière que le débiteur.

2^o S'il s'est engagé *conjointement* avec le débiteur. Ici encore on se demande si le débiteur conjoint, qui a en même temps la possession de l'immeuble hypothéqué, peut opposer le bénéfice de discussion pour la part de la dette dont il n'est pas tenu, et si, en vue de profiter de ce bénéfice, il peut forcer le créancier à recevoir le paiement de sa quote-part dans la dette. Qu'il nous suffise, de rappeler les solutions que nous avons données à ces questions, quand elles se sont présentées relativement à l'héritier partiaire du débiteur qui est en même temps possesseur de l'immeuble hypothéqué à la dette. Nous avons dit alors que, d'après l'article 1221-1^o, le droit

réel avait cet effet de rendre indivisible *solutione* l'obligation qu'il garantit, et d'empêcher par là le détenteur du bien grevé, qui est tenu personnellement et pour partie de la dette, de se borner au paiement de sa quote-part et d'invoquer pour le surplus des moyens de défense particuliers au tiers détenteur.

3º Si le tiers détenteur a *cautionné personnellement* l'obligation du débiteur. La réunion sur la même tête de deux qualités qui, *prises séparément*, lui confèreraient le bénéfice de discussion, a cet effet de l'en priver complètement. La singularité de cette conséquence a jeté le doute sur sa justesse dans l'esprit de beaucoup d'auteurs, et, si on va au fond des choses, la logique, sinon les textes, paraît leur donner raison. En effet, la loi refuse l'exception de discussion aux obligés personnels en même temps détenteurs parce que, avons-nous dit, le créancier a d'un autre côté, *dans l'action personnelle*, le moyen de se faire payer par eux, il est donc inutile de retarder la procédure et de la compliquer en admettant un moyen de défense qui ne peut être efficace. Mais si l'on fait l'application de ce raisonnement à la situation du tiers détenteur caution, on dira : en supposant que le tiers détenteur oppose le bénéfice de discussion *en cette qualité*, il pourra sans doute être encore poursuivi *sur l'action personnelle* par le créancier, mais celui-ci se verra encore repoussé par le bénéfice de discussion *tiré de la qualité de caution* du détenteur. On n'est plus, dès lors, en droit de considérer l'exception opposée *sur la première poursuite* comme *inutile et frustratoire*, et si la disposition de

l'article 2170 refusant le bénéfice de discussion aux tiers détenteurs obligés personnellement, se comprend quand ils le sont *à titre principal*, elle n'a plus de raison d'être quand ils le sont *à titre accessoire*.

CHAPITRE V

PROCÉDURE ET EFFETS DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION.

APPRÉCIATION.

I. PROCÉDURE.—D'après l'article 2170, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué peut requérir la discussion préalable des autres immeubles hypothéqués à la même dette qui sont entre les mains des débiteurs principaux, « *selon la forme réglée au titre du Cautionnement.* » Nous avons donc à examiner l'application des articles 2022, 2023, 2024 au tiers détenteur.

Le bénéfice de discussion s'oppose au créancier par voie d'exception, et le juge ne peut y suppléer d'office ; le tiers détenteur, averti par la sommation de payer ou de délaisser, assigne le créancier poursuivant devant le tribunal pour entendre déclarer le requérant opposant à ladite sommation, et ladite sommation suspendue dans ses effets jusqu'après la discussion. Cet acte contient en outre l'indication des biens à discuter, biens qui ne doivent être ni *litigieux*, ni situés *hors du ressort* de la cour d'appel du lieu dans lequel doit se faire le paiement (art. 2023).

La discussion étant faite dans l'intérêt du tiers détenteur, il est naturel *qu'il en avance les frais*, sans d'ailleurs qu'il ait à recourir à la procédure des offres réelles (art. 2023)

Enfin, d'après l'article 2022, l'exception doit être opposée *sur les premières poursuites*. Comment entendre cette disposition ?

Il est évident tout d'abord qu'il s'agit des premières poursuites dirigées *contre le tiers détenteur*.

Une première opinion voit dans la sommation au tiers détenteur le premier acte de poursuite, la sommation valant pour lui *commandement*, de sorte qu'il devrait mettre à profit pour opposer l'exception, les délais qui courent à partir de ce moment (1).

Une seconde opinion lui donne plus de latitude : elle soutient avec raison, croyons-nous, que la sommation pas plus que le commandement, *ne fait partie de la saisie*, ils constituent tous deux la préface obligée des formalités à remplir pour arriver à la vente de l'immeuble, qui sont à proprement parler la saisie. D'après cette théorie, la poursuite est commencée *dès que la saisie est faite et dénoncée au tiers détenteur*, et c'est après cette dénonciation qu'il devra opposer l'exception (2).

Toutefois il n'encourra pas de déchéance s'il oppose préalablement au bénéfice de discussion des *exceptions de procédure* basées sur des nullités d'actes ou des déclinatoires de compétence. Il est clair en effet que, par exemple, l'exception d'incompétence peut et doit être

(1) Troplong, *Priv. et Hyp.*, III, n° 801.

(2) Aubry et Rau, III. § 287, note 24, p. 723. Toulouse 20 novembre 1834, D., *Rep.*, v° *Priv. et Hyp.* n° 1940. Toulouse 30 avril 1836 S. 37, II, 23. Bordeaux, 6 décembre 1839. S. 40, II, 208. Bourges, 6 décembre 1839. S. 40, II, 311.

proposée avant celle de discussion, puisque, avant tout, il faut savoir si le juge a le droit de connaître de la poursuite; de même si la sommation ou le commandement est nul.

II. EFFETS DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION. — Nous avons déjà été amené à dire que l'exception de discussion est une atteinte à l'indivisibilité de l'hypothèque. En vertu du principe: *Est tota in toto et tota in quolibet parte*, l'hypothèque pèse de tout son poids sur chacun des immeubles qu'elle affecte comme sur l'ensemble, et l'aliénation de l'un ne doit pas amortir l'effet de cette sûreté, c'est précisément là sa force et son efficacité. Or, dans le cas où une hypothèque générale grève un immeuble aliéné à un tiers, qui n'est pas personnellement tenu de la dette, l'exception de discussion déplace l'équilibre qui existait entre tous les immeubles grevés, elle fait porter tout l'effort de la poursuite sur ceux qui sont encore entre les mains des principaux obligés.

Mais si le tiers détenteur réussit ainsi à écarter le danger qui le menace, ce n'est bien souvent que *momentanément*, car le créancier, s'il n'est pas indemnisé par la poursuite des principaux obligés, peut se retourner contre lui, alors même qu'il n'aurait pas exercé ses actions personnelles contre ceux-là, alors même que d'autres tiers seraient en possession d'immeubles hypothéqués à la même dette.

Il nous paraît juste d'ailleurs de n'admettre le créancier à continuer contre le tiers détenteur l'action hypothécaire suspendue par l'exception de discussion, que s'il a fait lui-même *toutes diligences* pour actionner

les débiteurs principaux. Si, en traînant les choses en longueur, il a permis aux débiteurs principaux de se débarrasser de leurs immeubles hypothéqués, il doit supporter les conséquences de sa négligence (art. 2024), de sorte que l'on peut dire que l'exception de discussion opposée *met en demeure* le créancier d'intenter l'action hypothécaire contre les débiteurs principaux.

L'exception de discussion opposée par le détenteur n'efface pas les actes de saisie faits sur l'immeuble, l'article 2170 dit que, pendant la discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué; si donc le créancier n'est pas complètement indemnisé par la discussion du débiteur principal, il n'aura qu'à continuer sur les derniers errements. Cela fait naître à la charge du détenteur une certaine responsabilité, c'est ainsi qu'il doit s'abstenir pendant la discussion de tout abus de son droit sur l'immeuble, il s'exposerait autrement à être déclaré déchu du bénéfice, il doit éviter aussi d'aliéner le fonds sans raison déterminante, car le créancier pourrait lui faire supporter les frais d'une nouvelle poursuite.

III. APPRÉCIATION DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION. — Il nous reste maintenant à jeter un coup d'œil sur l'avenir réservé au bénéfice de discussion du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Son sort est en somme attaché à la reconnaissance, dans la législation, d'hypothèques générales ou occultes. Nous avons constaté ce parallélisme dans l'ancien droit, dans le droit intermédiaire et sous le code civil, il se retrouve dans le projet de réforme hypothécaire de 1844 et dans celui

qu'à présenté en 1896 au Sénat M. Darlan ; enfin, dans un pays où la réforme du régime hypothécaire établi par le code, a abouti en 1851, en Belgique, la spécialisation de toutes les hypothèques a entraîné la suppression du bénéfice de discussion du tiers détenteur.

Aujourd'hui donc que les anciens principes relatifs au caractère général et occulte des hypothèques tendent à disparaître, même dans les cas exceptionnels où ils ont été jusqu'ici conservés, on peut dire que l'institution que nous venons d'étudier, suit la même tendance par voie de conséquence, et que la prochaine réforme hypothécaire reléguera celle-ci et ceux-là dans le passé. C'est en vain qu'on essaierait, pour éviter ce résultat en ce qui concerne le bénéfice de discussion du tiers détenteur, d'assimiler son rôle à celui du bénéfice de discussion de la caution ; M. de Vatimesnil, dans son rapport de 1849 sur le projet de réforme hypothécaire, avait déjà mis en relief les différences profondes qui existent entre ces deux institutions, et le temps n'a rien fait perdre à la vigueur de ses arguments : « Pourquoi, disait-il, forcer le créancier de discuter le débiteur principal ? si ce créancier ne vient pas en ordre utile sur les autres immeubles restés en la possession du débiteur, on l'aura forcé à faire des poursuites frustratoires et des frais qui, en définitive, retomberont à la charge de la masse. Le Code civil assimile le tiers détenteur à la caution, mais l'assimilation est inexacte : le créancier en contractant avec la caution, sait qu'il n'aura contre elle qu'une action subsidiaire et qu'elle pourra opposer le bénéfice de discussion. S'il ne veut pas être exposé à cette exception

dilatoire, c'est à lui d'exiger que la caution renonce au bénéfice de discussion ou s'engage solidairement. Le créancier hypothécaire, au contraire, ne contracte nullement avec le tiers détenteur. L'aliénation ne doit pas rendre la situation de ce créancier plus mauvaise en le soumettant à une épreuve à laquelle il ne serait pas astreint si cette aliénation n'avait pas eu lieu. » (1).

(1) Rapport de M. de Valimesnil p. 47 et 48. Rapports de M. Persi p. 175 et de M. Bethmont p. 112.

CHAPITRE VI

DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION DE LA CAUTION RÉELLE

Nous avons déjà eu l'occasion de dire ce qu'on entend par caution réelle : on donne ce nom à celui qui a affecté l'un de ses immeubles à la garantie de la dette d'autrui.

Il peut arriver qu'il ait en sa possession, outre cet immeuble, un autre bien acquis par lui de ce même débiteur et également affecté à la même dette, mais en vertu d'une hypothèque *générale* ; si c'est ce dernier immeuble que poursuit hypothécairement le créancier, la caution réelle est par rapport à lui un véritable *tiers détenteur*, elle n'est obligée à la dette ni personnellement, ni principalement, elle pourra donc opposer l'exception de discussion, pourvu que toutes les autres conditions des articles 2170, 2171 soient remplies. Mais à côté de cette hypothèse s'en place une autre où la question doit recevoir une solution différente. Supposons en effet, que c'est l'immeuble *affecté par la caution*

réelle que le créancier poursuit de son action hypothécaire ; la caution pourra-t-elle renvoyer le créancier discuter le débiteur principal et se prévaloir du droit conféré par les articles 2170 et 2171 ? Si l'on se rappelle les conditions exigées par ces textes, il faut bien reconnaître que non. L'exception de discussion n'est opposable qu'aux créanciers ayant une hypothèque *générale* ; or, en admettant même que la caution réelle soit intervenue à l'occasion d'une dette garantie par une hypothèque *générale* sur les biens du débiteur, l'hypothèque dont son immeuble est grevé *ne peut jamais revêtir ce caractère* : celui qui joue le rôle de caution réelle, a dû, dans la constitution d'hypothèque, mentionner d'une façon précise la créance qu'il garantissait et indiquer la nature et la situation du bien qu'il grevait, il a dû en d'autres termes satisfaire à ces deux points de vue à la règle de la *spécialité*. Si par conséquent l'hypothèque qui pèse sur les biens du débiteur est *générale*, celle qu'il a constituée sur *son propre fonds* ne peut être que *spéciale*, il en résulte pour lui une impossibilité absolue d'opposer le bénéfice de discussion des articles 2170, 2171.

En présence de cette situation défavorable de la caution réelle considérée comme possesseur d'un bien hypothéqué à la dette d'autrui, il convient de se demander s'il ne faut pas lui étendre les dispositions du *Titre du Cautionnement* qui accordent à la *caution ordinaire* le bénéfice de discussion, ce qui écarterait pour lui la nécessité de satisfaire aux conditions des articles 2170, 2171. Nous sommes pour notre part tout à fait favorable à

cette extension des articles 2021 et suivants. Le code dans sa terminologie n'a pas employé les expressions de « *caution réelle* » de « *cautionnement réel* » cependant la chose existe : celui qui greève son immeuble d'une hypothèque pour garantie de la dette d'autrui, rentre bien dans cette conception, car sa pensée initiale et déterminante est de mettre sa solvabilité dans une mesure restreinte *au service d'un autre* ; à cet égard il joue donc véritablement le rôle de *caution*. En réduisant l'étendue de son obligation à l'immeuble hypothéqué, il ne fait que se conformer à la disposition de l'article 2013, qui dispose que le cautionnement peut être contracté « *pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.* » Un tel engagement, il est vrai, établit un rapprochement entre lui et le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, puisque, comme ce dernier, il n'est tenu que *propter rem*, mais cette assimilation ne doit pas faire perdre de vue le *but* que poursuit la caution réelle, but qui est identique à celui de la caution ordinaire, et qui doit par conséquent la faire bénéficier des *avantages* dont jouit celle-ci.

L'extension à la caution réelle des articles 2021 et suivants se justifie du reste par les solutions que la doctrine donne dans une série de questions, où il s'agit précisément, de savoir si la situation de la caution réelle doit être régie par les règles applicables au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, ou par les règles applicables à la caution. La manière dont les auteurs ont tranché ces diverses questions, montre qu'ils se sont attachés de préférence aux principes du cautionnement.

C'est ainsi qu'on décide généralement que, au cas d'expropriation, la caution réelle a contre le débiteur l'action en indemnité que l'article 2028 accorde à la caution ordinaire, action différant essentiellement du *recours en garantie* prévu pour le tiers détenteur par l'article 2178.

Que la caution réelle peut invoquer l'exception *cedendarum actionum* de l'article 2037.

Qu'en face d'une caution personnelle subrogée aux droits du créancier en vertu de l'article 1251-3°, elle jouit, au même titre que les autres cautions, de la *division du recours* établie par l'article 2033.

Que subrogée à son tour aux droits du créancier, elle peut exercer *intégralement* l'action de celui-ci contre le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la sûreté de la créance.

Enfin, on refuse à la caution réelle la faculté de *purger* : ayant elle-même constitué l'hypothèque, ce serait un non sens juridique que de lui permettre de revenir sur son engagement en libérant son immeuble avant le terme (1).

Nous admettons donc la caution réelle à jouir du bénéfice de discussion *dans les termes des articles 2021 et suivants*, puisque ces textes ne contiennent aucune expression qui l'exclue de leur application. Poursuivie par le créancier hypothécaire, la caution réelle pourra toujours le renvoyer discuter le débiteur principal,

(1) Aubry et Rau, III, § 287-6°, p. 739, 740, et § 293 *bis*-3° p. 505, note 24. Guillouard, *Priv. et Hyp.*, III, n° 1692.

alors même qu'il ne s'agirait pas d'une hypothèque générale, alors même qu'il n'existerait pas entre les mains du principal ou des principaux obligés des biens hypothéqués à la même dette (1).

Remarquons du reste que cette assimilation de la caution réelle à la caution personnelle quant au bénéfice de discussion, n'existe que pour elle et ses ayant-cause universels, à l'exclusion de ses ayant-cause à titre particulier ; l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué par la caution réelle à la garantie de la dette d'autrui, ne pourra invoquer le bénéfice de discussion que si les conditions prévues par les articles 2170 et 2171 sont remplies.

[1] L'assimilation de la caution réelle à la caution personnelle a aussi été faite par un arrêt de la cour de Bruxelles du 2 avril 1819 .Meyns. *Pasier*. 19, 349 à propos du délai de dix ans de l'article 2032-5°. Elle a admis celui qui a hypothéqué ses biens pour sûreté d'une rente constituée par un tiers, à faire prononcer après ce laps de temps l'extinction de cette obligation. (V. Troplong, *Cautionnement*, n° 416).

CHAPITRE VII

DE L'EXCEPTION DE CESSIION D'ACTIONS

L'exception de cession d'actions, peut être envisagée sous deux aspects différents : ou bien c'est le moyen par lequel le tiers détenteur *suspend* l'exercice de l'action hypothécaire intentée contre lui, *jusqu'à ce qu'il soit subrogé aux droits et actions du créancier*, ou bien c'est le *refus* d'accéder à l'action hypothécaire, basé sur ce que le créancier en disposant de ses actions et de ses sûretés, a rendu *impossible* la subrogation éventuelle du tiers détenteur : dans le premier cas, l'exception constitue un moyen de défense *dilatoire*, dans le second cas, un moyen de défense *péremptoire* qui paralyse entièrement l'action hypothécaire entre les mains du créancier.

Aujourd'hui que le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, qui paie la dette, est compris dans les termes généraux de l'article 1251-3°, et qu'il jouit, par suite, de la subrogation *légale*, on ne peut plus envisager l'exception de cession d'actions sous le premier aspect, et l'intérêt se concentre sur le point de savoir si le tiers détenteur peut opposer au créancier le moyen de défense péremptoire,

tiré de ce qu'il a disposé de ses actions, et que la subrogation est devenu impossible par sa faute.

Néanmoins, pour arriver à la solution de cette question, il convient d'en faire précéder l'examen de l'exposé du rôle suspensif et dilatoire de l'exception de cession d'actions dans le droit romain et dans l'ancien droit.

D'autre part, il est encore une étude préliminaire non moins indispensable, celle de l'étendue de la subrogation qui est accordée aujourd'hui de plein droit au tiers détenteur dans les droits et actions du créancier par l'article 1251-3°.

Ce sont là les trois étapes de nos développements sur l'exception de cession d'actions.

I. — *Du rôle suspensif et dilatoire de l'exception de cession d'actions en droit romain.*

La rigueur des principes du droit romain s'alliait mal au début, avec l'idée d'une cession des actions du créancier contre son débiteur, au profit de celui qui acquittait la dette à la place d'un autre : puisqu'elle était *éteinte* par ce paiement, il semblait qu'il y avait une *impossibilité* absolue de la faire revivre, elle et ses accessoires, en sa faveur. Pour expliquer ce phénomène, on recourut plus tard à la fiction d'une *vente* : celui qui payait le créancier était considéré comme *achetant* la créance pour un prix égal à la somme qu'il déboursait (L. 36. *De fid.*

— L. 76, *De solut.* XLVI, 3. — Loi 19. *Qui pot.*); si c'était un *tiers* étranger à la dette, une convention intervenait entre lui et le créancier ; si c'était quelqu'un d'obligé *accessoirement* à la dette en qualité de *fidéjusseur* ou de *tiers détenteur* d'un immeuble hypothéqué, on lui donnait pour arrêter la poursuite du créancier et l'obliger à opérer la cession, le secours d'une *exception* fondée sur le *dol* que commettrait le créancier en n'accédant pas à une demande qui, d'une part, ne lui causait aucun préjudice, et qui, d'autre part, procurait un grand avantage à celui qui le désintéressait (1). Encore fallait-il agir à temps et opposer l'exception *avant de payer*, sous peine d'éteindre à la fois et la dette et ses accessoires. Le rôle de l'exception de cession d'actions accordée en droit romain au fidejusseur et au tiers détenteur, était donc de suspendre momentanément la poursuite, afin de faire considérer le paiement qu'ils effectuaient, non plus comme *l'acquittement de la dette*, mais comme le prix de la vente des actions du créancier.

Elle se confondait, nous l'avons déjà dit, avec l'*exception de dol*, et c'était cette idée qui déterminait ses limites à l'égard du créancier : il commettait un dol en refusant de céder les actions dont il était titulaire, et dont il n'avait plus besoin ; il ne commettait pas de dol, s'il refusait de les céder, soit parce qu'il en avait encore besoin, soit parce que l'offre de paiement n'était pas suffisante, ou s'il ne pouvait plus les céder, parce qu'il en avait déjà disposé

(1) Loi 18, § 5, *Fam. ercisc.*, X, 2. — Loi 65, *De evict.*, XXI, 2. — Loi 25, *De ad. et per. tut.*, XXVI, 7.

sans fraude, qu'il avait laissé s'éteindre l'hypothèque (1) ou libéré la caution ; en un mot, l'exception de cession d'actions était fondée sur la seule obligation pour le créancier, de céder ses actions et sûretés *telles qu'elles existaient entre ses mains au moment où elle lui était opposée*.

Quant au tiers détenteur, la cession d'actions lui procurait les avantages suivants. Si la dette qu'il acquittait était garantie par une hypothèque *première en rang* sur son immeuble, la cession d'actions, consentie à son profit, lui permettait de succéder au rang du créancier, et de triompher au moyen de l'*exception de priorité* des attaques dirigées contre son bien par les créanciers hypothécaires *subséquents*.

Mais la subrogation ne présentait dans ce cas pour le tiers détenteur que l'avantage de le placer dans une position *défensive* ; lorsque la dette était garantie par *d'autres sûretés* personnelles ou réelles, le tiers détenteur, en payant, pouvait-il stipuler à son profit la cession de ces sûretés, de manière à pouvoir prendre l'*offensive* et à se faire indemniser *grâce à elles* de ses déboursés ? Si la créance à la sûreté de laquelle était affecté l'immeuble possédé par le tiers, avait été garantie en même temps par des *fidéjusseurs*, on décidait avant Justinien que la subrogation au profit du tiers détenteur ne pouvait leur nuire, qu'en conséquence à leur égard elle n'était d'aucune utilité pour le tiers détenteur. La novelle IV, en permettant dans son chapitre 2 à celui-ci de renvoyer le

(1) C., 8, 40, *De fidej.*, 25.

créancier discuter, non seulement les débiteurs principaux, mais aussi ceux qui étaient obligés accessoirement à la dette, entraîna nécessairement un revirement dans la solution du conflit entre fidéjusseurs et tiers détenteur : par cela seul que le tiers détenteur put faire porter tout l'effort de la poursuite sur la tête des fidéjusseurs au moyen du *bénéfice de discussion*, il leur fut désormais impossible, après avoir payé la dette, de recourir contre lui en exerçant les actions du créancier : au contraire rien n'empêcha plus dès lors le tiers détenteur, qui avait payé, de les retourner *intégralement* contre eux.

Si la novelle IV nous fournit ainsi des indications certaines pour la solution du conflit *entre fidéjusseurs et tiers détenteur*, nous ne trouvons en revanche aucun texte qui puisse éclaircir le point de savoir si le tiers détenteur subrogé dans les actions du créancier, pouvait les exercer totalement ou en partie contre *les tiers détenteurs d'autres immeubles hypothéqués à la même dette* ; peut être le recours *se divisait-il* entre eux, comme cela avait lieu entre *cofidéjusseurs* ?

II. Du rôle suspensif et dilatoire de l'exception de cession d'actions dans l'ancien droit français.

L'ancienne jurisprudence française réalisa un progrès sur le droit romain, car *sur son immeuble* du moins, le tiers détenteur qui acquittait la dette, fut subrogé *de plein droit* dans le rang hypothécaire du créancier. D'après

Renusson, tel avait dû être le but du tiers détenteur en effectuant le paiement : « L'acquéreur, dit-il, qui paye un créancier de son vendeur qui le trouble, et qui fait le paiement *purement et simplement*, n'a pensé qu'à *faire cesser* le trouble qui lui était fait et *s'assurer* la possession de la chose acquise, il n'a pas pensé à *acquérir* un droit sur les *autres biens* de son vendeur, n'en ayant rien exprimé, et n'ayant point déclaré qu'il eût volonté d'acquérir les droits du créancier sur les autres biens, ni stipulé la subrogation. La subrogation est de droit estroit, elle ne s'étend point et n'a lieu que dans le cas exprimé par la loi ou par la convention ». (1).

Pothier fondait cette subrogation légale sur cette idée que, en désintéressant le premier créancier hypothécaire, le tiers détenteur avait *enrichi* les créanciers *postérieurs*, que ceux-ci lui devaient par conséquent compte de cet *enrichissement*, et que le meilleur moyen pour eux de s'acquitter envers lui était de *le subroger au rang du créancier*. « Il faut, dit-il dans son commentaire de la Coutume d'Orléans, tit. XX, n° 72, néanmoins convenir que dans nos usages et suivant l'avis des auteurs, le tiers détenteur qui paye un créancier hypothécaire *sans requérir la subrogation*, n'est pas à la vérité subrogé à *tous les droits et hypothèques* du créancier comme il le serait s'il l'eût requise, mais il les exerce au moins sur *l'héritage dont il est détenteur contre les créanciers postérieurs à celui qu'il a payé* ; ce qui peut être fondé sur ce qu'en acquittant l'hypothèque de cet ancien créancier, *meliolem fecit*

1. Renusson. *Traité de la Subrogation*, ch. V.

in eo fundo ceterorum creditorum pignoris causam, ce qui lui donne contre eux une *exceptio doli* pour retenir ce qu'il a payé. Il en est de même dans ce cas comme lorsqu'il a amélioré l'héritage ».

Mais si, par suite de cette innovation, l'exception de cession d'actions n'avait plus d'utilité pour le tiers détenteur qui voulait rester sur la *défensive* et se borner à triompher des attaques des créanciers *subséquents*, sa nécessité n'était pas moindre qu'en droit romain, dès l'instant où il voulait bénéficier des *actions personnelles ou réelles* du créancier, pour recourir contre ceux qui étaient tenus avec lui de la dette, et leur faire supporter leur quote-part. Comme sous la législation précédente, il devait avoir bien soin de *demandeur la cession avant tout paiement* qui, en éteignant la dette et ses accessoires, aurait eu pour effet de la rendre impossible.

La subrogation, obtenue par l'exception, aux hypothèques du créancier grevant d'autres immeubles, n'était *pleinement* efficace que s'ils étaient encore entre les mains du débiteur *principal*; si par suite d'aliénations ils étaient passés dans le patrimoine de *tiers détenteurs*, qui par conséquent étaient tenus *propter rem* de la dette tout comme le tiers détenteur subrogé, les choses changeaient : deux obstacles s'opposaient alors à la subrogation pleine et entière du tiers détenteur dans les droits du créancier.

Premier obstacle. — Dans l'ancien droit, il était admis que tout contrat *passé en la forme notarié* emportait *hypothèque générale* sur tous les biens du débiteur pour sûreté des obligations contenues dans l'acte, par exemple : dans

un contrat de vente passé en la forme authentique, tous les biens du vendeur étaient affectés hypothécairement à la garantie de ses obligations envers l'acheteur (1). L'application de cette règle à notre matière amenait ce résultat, que la cession des actions du créancier au tiers détenteur qui avait payé la dette, ne lui était *d'aucune utilité* et qu'il n'avait pas besoin de retarder son paiement en opposant l'exception : en effet, ou bien l'acquisition de son immeuble, en vertu d'un acte notarié, était *antérieure* aux acquisitions des autres tiers détenteurs, ou bien elle leur était *postérieure*. Dans le premier cas, son contrat lui avait donné une hypothèque *sur tous les immeubles* de son vendeur pour la sûreté de l'obligation de garantie, *par conséquent sur ceux qui dans la suite étaient aliénés aux autres tiers détenteurs* ; pour se faire rembourser le paiement qu'il avait fait au créancier, il n'avait qu'à exercer à son tour *cette hypothèque*, et la situation supérieure dans laquelle il se trouvait par rapport aux *autres* tiers détenteurs, lui permettait de l'exercer même *pour la totalité* de ses déboursés. Dans le

(1) Cette institution remonte à une époque assez ancienne ; on la trouve établie au commencement du XIV^e siècle dans la *Très ancienne coutume de Bretagne*. Loyseau l'expliquait par l'idée d'une *convention sous-entendue* (*Déguerp.*, III, ch. I, n° 5). On comprend du reste qu'elle ait persisté dans l'ancien droit, car les notaires étaient alors considérés comme les *officiers d'une juridiction*, et les actes faits par eux affectaient la *forme de jugements*. Plusieurs auteurs, entre autres le président Favre, d'Argentré essayèrent de réagir contre cette coutume et de démontrer qu'elle était basée sur un fondement erroné ; elle n'en fut pas moins suivie d'une façon constante jusqu'à la Révolution (V. Planiol, II, n° 2683. Viollet, *Hist. du Dr. civ. fr.* p. 741 et s.).

second cas au contraire, la subrogation ne pouvait pas neutraliser l'effet de l'hypothèque qu'avaient *sur son immeuble tous les autres tiers détenteurs antérieurs* ; à son action hypothécaire, ils auraient répondu victorieusement par l'exception *quem de evictione*, tirée de l'obligation de garantie *dont il était tenu envers eux en vertu de sa possession*.

Les ventes *successives et par actes notariés* d'immeubles hypothéqués à une même créance par le débiteur, faisaient ainsi peser tout le poids de son insolvabilité *sur le dernier acquéreur*, et rompaient l'égalité qui doit exister en principe entre gens soumis à la même éventualité de poursuites par le créancier.

Deuxième obstacle. — Lorsque la cause de cette inégalité n'existait pas, c'est-à-dire lorsque les immeubles grevés d'hypothèques étaient passés entre les mains des tiers détenteurs en vertu *d'actes sous seings-privés*, la subrogation par l'exception de cession d'actions du tiers détenteur qui avait désintéressé le créancier, ne trouvait d'autre obstacle à son application *intégrale*, d'après Pothier, que la crainte « *d'un circuit vicieux d'actions* ». Si le tiers détenteur exerçait son recours *pour le tout* contre l'un des autres tiers détenteurs, celui-ci pouvait en le payant, *requérir la cession de ses actions*, puis, par ce moyen, lui réclamer *le remboursement de ce qu'il venait de lui payer* : c'était une situation sans issue. La répartition de la dette entre tous les tiers détenteurs s'imposait, et Pothier la fixait proportionnellement à la valeur des immeubles hypothéqués que chacun possédait.

L'exception de cession d'actions opposée par le tiers

détenteur lui faisait acquérir aussi les droits du créancier *contre les cautions* qui étaient intervenues pour garantir la dette ; tel était du moins l'avis de Pothier, qui, dans son Introduction au titre XX de la coutume d'Orléans, n° 42, cite les cautions parmi les personnes contre lesquelles peut agir le tiers détenteur ; toutefois, et nous reviendrons plus tard sur ce point, cet auteur se met en contradiction avec lui-même en enseignant dans un autre de ses traités (1) que le créancier doit conserver *intacte* son hypothèque sur les immeubles même passés entre les mains de tiers détenteurs, *pour pouvoir y subroger les cautions, sous peine de voir son recours contre celles-ci paralysé à tout jamais par l'exception cedendarum actionum.*

Tel était le rôle de l'exception de cession d'actions accordée au tiers détenteur en droit romain et dans l'ancien droit, elle lui servait en somme à faire au créancier poursuivant *l'offre d'un paiement* qui pût être considéré comme le prix de la vente de ses actions, et cette offre entraînait pour le créancier *l'obligation de conclure cette vente.* Nous avons même vu que dans l'ancien droit, on avait été jusqu'à *la sous-entendre* pour la succession du tiers détenteur *au rang hypothécaire du créancier sur l'immeuble poursuivi.* Cette faveur était la préface de l'état de choses actuel qui consiste dans la subrogation *de plein droit* du tiers détenteur *dans toutes les actions* du créancier.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 557.

On a cependant soutenu qu'encore aujourd'hui la subrogation légale du tiers détenteur dans les droits du créancier avait conservé la portée restreinte qu'elle avait dans l'ancien droit, et que partant l'exception de cession d'actions conservait son utilité pour le tiers détenteur qui voulait jouir de *toutes les sûretés* du créancier (1). En ce sens on a dit que la subrogation légale n'appartient au tiers détenteur que dans le cas visé par le paragraphe 2 de l'article 1251, c'est-à-dire, que s'il avait employé son prix au paiement des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble, et par suite, dans les limites restreintes que suppose le texte ; pour appuyer cet argument, on a fait remarquer en outre que, entre acquéreurs d'immeubles affectés à la garantie du créancier, il n'y a pas de *lien juridique* qui puisse expliquer la subrogation de l'un contre l'autre, comme cela existe entre les codébiteurs solidaires ou entre la caution et le débiteur principal. Mais ces raisons s'évanouissent devant la formule si générale de l'article 1251-3°. « *au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;* » le tiers détenteur rentre bien dans les termes de ce texte, qu'il ait payé son prix d'acquisition aux créanciers, ou que l'ayant déjà versé entre les mains de son vendeur, il soit poursuivi par un créancier hypothécaire ; la subrogation légale s'applique à son égard dans tous les cas et avec la même portée, c'est-à-dire qu'elle l'investit de toutes les

(1) D., *Rep. v° Priv. et Hyp.* n° 1972 (affaire du duc de Branca contre le duc d'Anmale).

actions et sûretés du créancier qu'il désintéresse. En faveur de cette théorie incontestée aujourd'hui, on pourrait encore tirer argument de l'article 874 qui n'est qu'une application de l'article 1251-3°, et qui n'établit aucune distinction entre la subrogation *au rang hypothécaire du créancier sur l'immeuble* et la subrogation *à ses autres sûretés*.

Il résulte de là que le droit moderne n'a plus à considérer l'exception de cession d'actions sous son premier aspect, comme moyen de défense *suspensif* du paiement de la dette hypothécaire; mais il reste toujours intéressant de noter les circonstances qui *limitent en fait* la portée des actions du créancier entre les mains du tiers *détenteur subrogé*, ou qui rendent cette subrogation *inutile*: c'est ce que nous nous proposons de faire dans le chapitre suivant, en étudiant *l'étendue de la subrogation du tiers détenteur*.

CHAPITRE VIII

DE L'ÉTENDUE DE LA SUBROGATION DU TIERS DÉTENTEUR SOUS LE CODE CIVIL

Pour que cette étude se justifie à cette place, il faut l'envisager comme destinée surtout à mettre en lumière les hypothèses où, par suite de circonstances indépendantes de la volonté du créancier, la subrogation du tiers détenteur dans ses droits est, en tout ou en partie, inefficace, et celles où elle est inutile, en un mot à *éliminer* tous les cas où la question du rôle *péremptoire* de l'exception de cession d'actions ne peut même pas se poser, et à dégager ainsi cette question principale.

I

En ce qui concerne les *sûretés hypothécaires* qui garantissent la créance, le tiers détenteur en payant y est *pleinement* subrogé tant que les immeubles grevés sont *en la possession du débiteur* ; il n'y a pas de difficulté sur ce point, aussi devons-nous borner notre étude aux cas où ces biens sont passés *dans le patrimoine d'autres tiers détenteurs*.

Dans l'ancien droit, il fallait parfois tenir compte de la règle qui attachait aux *actes notariés* une hypothèque générale sur les biens du débiteur ; cette règle n'a plus d'application aujourd'hui (1), mais les parties peuvent encore, dans des circonstances particulières convenir que l'acheteur d'un immeuble aura *pour sûreté des obligations du vendeur une hypothèque sur chacun des immeubles de ce dernier*. En supposant que l'immeuble ainsi vendu, et les autres immeubles garantissants étaient déjà *hypothéqués à une même dette du vendeur*, que par la suite, ces derniers immeubles sont passés *entre les mains d'autres acquéreurs*, nous nous trouvons dans la situation prévue dans l'ancienne jurisprudence par Pothier, et nous devons lui donner la même solution commandée, aujourd'hui comme autrefois, *par les principes de la garantie*. Le premier acquéreur, s'il paie le créancier, n'aura pas besoin de la subrogation dans les droits de celui-ci pour se faire rembourser par les autres, il n'aura qu'à exercer son hypothèque *pour le tout* contre l'un quelconque des autres immeubles ; en sens inverse, si c'est l'un des possesseurs de ces derniers héritages qui paie, le recours qu'il voudrait exercer *comme subrogé au créancier* contre ce premier acquéreur, serait *paralysé* par l'exception de garantie.

Mais ce ne peut être dans des cas très rares que la volonté des parties engendre une telle situation ; elle se produira le plus souvent dans l'hypothèse d'une

(1) V. Planiol, II, n° 2761.

transmission successorale et par le jeu des prescriptions légales : ainsi une personne dont les deux immeubles A et B sont grevés d'une hypothèque pour une même dette, laisse en mourant deux héritiers ; elle a légué l'immeuble A à un étranger. Si celui-ci paie sur la poursuite hypothécaire du créancier, il n'aura pas besoin d'alléguer la subrogation pour agir *pour le tout* contre l'immeuble B, possédé par hypothèse, par l'un des cohéritiers, car l'article 1017 lui confère une *hypothèque légale sur tous les immeubles de la succession pour la garantie de son legs*, de sorte que cet héritier est tenu de l'obligation de garantie même au-delà de sa part héréditaire. Inversement, si le créancier s'attaque tout d'abord à l'immeuble B, l'héritier qui paie ainsi plus que sa part, ne pourra pas se prévaloir de la *subrogation* au créancier pour se faire rembourser sur l'immeuble A du légataire, il sera repoussé par l'exception de garantie.

En dehors de ces hypothèses où la subrogation du détenteur dans les droits du créancier hypothécaire subit l'influence de circonstances particulières, il faut se demander si sa portée n'est pas *naturellement limitée* par ce fait seul, que le tiers détenteur subrogé se trouve *en présence d'autres tiers détenteurs qui auraient un droit égal à la subrogation en vertu de l'article 1251-3° s'ils avaient été actionnés les premiers*.

Rappelons à cette occasion l'opinion de Pothier dans notre ancien droit : alors même que l'acquisition de l'immeuble hypothéqué n'avait pas été faite en vertu d'un acte notarié, cet auteur n'autorisait le tiers détenteur subrogé qu'à exercer un recours *divisé*, et alléguait

pour justifier son opinion, la crainte d'un *circuit d'actions* qui aurait abouti à une impasse.

M. Demolombe, tout en reconnaissant cet inconvénient, a cherché à y remédier en accordant au tiers détenteur le droit d'exercer l'action hypothécaire *pour le tout* contre l'un quelconque des autres détenteurs, *déduction toutefois faite de la part qu'il doit supporter lui-même en raison de la charge grevant son héritage*. « La règle en effet, dit-il, est que la subrogation transmet au subrogé tous les droits qui appartenaient au créancier qu'il a payé, or le créancier avait le droit d'agir *pour le tout* contre *chacun* des tiers détenteurs des immeubles qui étaient hypothéqués à sa créance. » (1). Le même droit appartient ensuite au tiers détenteur qui a payé le premier, contre les autres qu'il poursuivra à son tour, et *ainsi successivement* jusqu'à concurrence du montant de la dette.

M. Laurent trouve la crainte d'un circuit d'actions chimérique et mal fondée. « Quand, dit-il, le détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette a payé, la dette est *éteinte à son égard*, il est impossible qu'il soit encore assujetti à une action récursoire, *puisque à son égard il n'y a plus de dette*. » (2). Partant rien ne s'oppose à ce que le tiers subrogé puisse exercer l'action hypothécaire contre les autres détenteurs *pour le tout*.

L'argument de cet auteur nous paraît conforme à l'idée qu'il faut se faire de la subrogation qui n'est

(1) Demolombe, XXVII, p. 600, n° 658.

(2) Laurent XVIII, n° 128.

qu'une *fiction*. Si le paiement effectué par le tiers détenteur doit être considéré à son égard, et à l'égard des autres obligés à la dette, comme le *prix* de la cession des actions du créancier, aux regards du créancier ou de ceux qui sont déjà subrogés à ses droits, il ne peut être que *l'extinction pure et simple de la dette* : dans l'espèce, le second tiers détenteur ayant payé le premier, ne peut recourir, sous prétexte de subrogation, contre ce dernier *pour qui la dette est complètement éteinte*. Le circuit d'actions ne pourra donc jamais se produire.

Aussi n'est-ce pas sur cet inconvénient que nous nous fondons, pour soutenir que la dette doit *se répartir* entre les divers tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués ; il ne nous paraît pas de meilleur argument en faveur de cette thèse que celui qui est tiré de *l'injustice* et de *l'absurdité* du résultat obtenu dans l'opinion contraire. Etant donné plusieurs tiers détenteurs, *Primus, Secundus, Tertius*, supposons que *Primus*, qui a payé le créancier, recoure *pour le tout* contre *Secundus*, que celui-ci subrogé à *Primus* recoure également pour le tout contre *Tertius*. Si le débiteur est *insolvable*, c'est *Tertius* qui supportera *tout le poids de la dette*, et cependant quel motif le désignait ainsi à la défaveur ? la date de l'acquisition de son immeuble ? mais on donne cette solution aussi bien quand son acquisition est *postérieure*, que quand elle est *antérieure* à celle des autres tiers détenteurs ; si le créancier, au lieu de poursuivre *Primus*, se fût adressé à *Tertius*, la défaveur eût été pour *Secundus* si *Tertius* eût poursuivi ensuite *Primus*, ou pour *Primus* s'il eût poursuivi *Secundus*. Cette *égalité* dans les risques de

faveur ou de défaveur n'impose-t-elle pas fatalement au tiers détenteur poursuivi le premier, et subrogé au créancier, *l'obligation de n'exercer contre chacun des autres détenteurs qu'un recours fractionné*? On ne peut laisser au hasard ou au caprice du créancier le soin de déterminer celui qui supportera en définitive toute la dette. Certes le système de M. Laurent présente cet avantage d'exciter les tiers détenteurs à payer plus volontiers le créancier, puisque celui qui paiera le premier sera certain d'être complètement indemnisé, mais ce résultat, que d'autres moyens peuvent amener, s'il est favorable aux intérêts des créanciers, est contraire à l'équité, car, pour le débiteur, la diligence à exécuter son engagement dépendra souvent de circonstances indépendantes de sa volonté, comme par exemple de l'éloignement du lieu de paiement.

L'injustice de cette solution n'a pas du reste été sans frapper ceux-là mêmes qui la soutiennent. M. Laurent avoue qu'elle ne le satisfait pas : « Il est bien vrai, dit-il, qu'au tiers détenteur qui se plaint de l'iniquité de cette décision, on peut répondre qu'il ne tenait qu'à lui de remplir les formalités de la purge, ce qui l'aurait mis à l'abri de toute poursuite hypothécaire ; mais ne pouvait-il pas objecter que le tiers détenteur qui agit contre lui, avait aussi négligé de payer, et quand la condition de tous les tiers détenteurs est la même, leur charge ne devrait-elle pas être identique ? L'équité qui est le fondement de la subrogation légale, réclame contre une doctrine qui blesse l'égalité, et l'égalité devrait régner entre les détenteurs comme elle règne

entre les codébiteurs. » (1). Et cet auteur termine en souhaitant que le législateur statue en ce sens.

Le système de M. Demolombe n'échappe pas non plus au reproche d'injustice, bien qu'il fasse contribuer le subrogé pour une part à la dette. La faculté qu'il lui accorde d'exercer l'action du créancier pour le tout, déduction faite de cette part, lui permet de ne pas supporter l'insolvabilité des autres tiers détenteurs qui surviendrait *après sa poursuite*. Supposons *Primus*, *Secundus*, *Tertius*, *Quartus*, quatre détenteurs d'immeubles de valeur approximativement la même, hypothéqués pour sûreté d'une dette de 40.000 francs, *Primus* paie le créancier et lui est subrogé, ce qui lui permet d'actionner l'un des autres tiers détenteurs, *Secundus*, pour toute la dette moins la part qu'il doit supporter lui-même, c'est-à-dire qu'il recourra contre *Secundus* pour 30,000 francs. Subrogé à son tour, *Secundus* peut recourir contre *Tertius* jusqu'à concurrence de 20,000 francs, mais depuis le paiement fait à *Primus*, *Tertius* est devenu complètement insolvable, et comme d'après les articles 876 et 1214 qu'il faut appliquer par analogie, l'insolvabilité de l'un des obligés se répartit entre tous les autres, la proportion dans laquelle *Secundus* devra supporter la dette sera de 15,000 francs, et il ne pourra réclamer à *Quartus* que 15,000 francs, M. Demolombe, il est vrai, aurait pu penser que *Secundus* et *Quartus* auraient eu ensuite la facilité de recourir contre *Primus* pour lui faire supporter sa part dans l'insolvabilité de *Tertius*, mais nous venons de voir qu'un tel

(1) Laurent, XVIII, n° 128 *in fine*.

recours est incompatible avec l'idée de la subrogation (1) puisque pour *Primus* la dette est irrévocablement éteinte. Il en résulte que l'égalité entre les tiers détenteurs sera encore rompue, et que les derniers poursuivis courront le risque de payer la dette dans une proportion plus forte que les premiers.

La théorie de la répartition de la dette trouve, quoi qu'en dise M. Laurent, une base solide dans les textes du Code civil, notamment dans les articles 1214, 2033 et 875. Ces articles nous montrent en effet que si la subrogation a pour résultat de mettre le subrogé à même d'exercer les actions du créancier qu'il désintéresse, elle ne va pas jusqu'à *supprimer complètement la personne du subrogé, pour y substituer celle du créancier*. Ainsi le débiteur *solidaire* qui a payé la dette ne peut, quoique bénéficiant de la subrogation légale, en vertu de l'article 1251-3°, dans l'action *solidaire* du créancier originaire, recourir *pour le tout* contre l'un ou l'autre de ses codébiteurs à son choix. « *L'obligation contractée solidairement envers le créancier, nous dit l'article 1213, se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.* » et l'article 1214. « *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux...* »

De même quand, de plusieurs *cofidéjusseurs*, l'un a acquitté la dette, il ne peut exercer l'action du créancier contre les autres *que divisément*: « *Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même*

(1) V. *supra* p. 197.

dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part, et portion... » (art. 2033).

Enfin d'après l'article 875 : « *Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers...* »

A l'argument d'analogie que nous tirons de ces textes en faveur du système de la *répartition*, on répond qu'il est sans fondement, de telles dispositions s'expliquant par les *liens de droit* qui unissent entre eux les codébiteurs solidaires; les cofidéjusseurs, les cohéritiers. Ainsi, entre les codébiteurs solidaires, il faut admettre qu'un *accord implicite* a réglé leurs rapports réciproques; entre les cofidéjusseurs, qu'il y a *société tacite*, en vertu de laquelle la dette se partage entre eux; entre les cohéritiers, le recours fractionné s'explique par *l'obligation de garantie* qu'ils se doivent mutuellement en cette qualité. Entre les divers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette au contraire, il n'y a aucun lien juridique, et l'on peut dire qu'il n'y a pas à proprement parler de *codétenteurs*, car ce ne sont pas les aliénations que le débiteur leur a faites de ses immeubles, qui peuvent avoir établi entre eux une société.

Cette objection tend à expliquer la division du recours établi par les articles 1213, 1214, 2033 et 875 *par l'effet*

de l'obligation de garantie qui existe entre les divers coobligés visés dans ces textes, en vertu d'une société tacite. Mais, selon nous, la garantie ne peut avoir cette portée : *prise en elle-même, elle est divisible* nous l'avons suffisamment démontré (1) ; or, par suite de ce caractère, elle n'engendre à la charge de chacun des coobligés qu'une seule obligation : *celle de ne pas mettre au compte des autres la part qu'il doit lui-même supporter dans la dette* ; subrogé aux droits du créancier contre eux, il satisfait pleinement à la garantie, *du moment qu'il défalque du montant de sa demande la somme afférente à sa part contributive*. Dès lors, si les textes précités imposent en plus au codébiteur solidaire comme au cofidélus, comme au cohéritier détenteur d'un immeuble hypothéqué, l'obligation de n'exercer les actions auxquelles il est subrogé, que *divisément*, ce ne peut être qu'en vertu du principe d'équité formulé dans cette maxime : *Res inter personas conjunctas non sunt amare tractandæ*.

L'argument d'analogie que nous tirions de la présence de ces dispositions dans le Code civil conserve donc toute sa vigueur, et une saine méthode d'interprétation juridique nous permet de nous arrêter à la conclusion suivante : subrogé aux droits du créancier contre les tiers détenteurs des autres immeubles *hypothéqués à la même dette*, le tiers détenteur qui a payé, ne peut recourir pour le total de la dette contre l'un d'eux, *mais doit répartir sa poursuite entre tous*.

(1) *supra*, p. 33 et s.

Reste maintenant à déterminer la *proportion* dans laquelle chaque tiers détenteur doit respectivement contribuer à la dette. Si le risque d'être poursuivi est *égal* pour tous, la part que chacun doit supporter en fin de compte, peut être *inégaie*, car elle est *proportionnelle au bénéfice qu'il retire du paiement*.

Pour calculer ce bénéfice, il faut 1° observer qu'il sera égal à la *perte* que le tiers détenteur aurait éprouvée s'il avait payé ou délaissé l'immeuble, et 2° tenir compte des circonstances qui influent sur *l'option* entre le paiement et le délaissement : le tiers détenteur prendra le premier parti si la valeur de l'immeuble est *supérieure* à la dette, le second, si elle est *inférieure* ; la *perte*, et *partant le bénéfice*, sera toujours de la plus petite de ces deux valeurs. En conséquence, le tiers détenteur d'un immeuble d'une valeur *supérieure* au montant de la dette, supportera une part proportionnelle à la dette, et non pas une part proportionnelle à la valeur de son immeuble ; le tiers détenteur d'un immeuble d'une valeur *égale* ou d'une valeur *inférieure* au montant de la dette, supportera une part proportionnelle à la valeur de son immeuble.

Deux exemples serviront à faire saisir ce que ces principes ont d'abstrait.

I. Soit une dette de 2,000 francs, garantie par une hypothèque sur quatre immeubles en possession de quatre tiers détenteurs, *Primus*, *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*. En supposant que la valeur de chacun de ces immeubles soit *égale* ou *supérieure* au montant de la dette, le bénéfice que chacun des tiers détenteurs retirera,

sera de 2,000 francs, et la dette devra être supportée *par égales portions*, c'est-à-dire chacun pour un quart.

II. Supposons maintenant que parmi les immeubles, les uns soient *inférieurs* en valeur au montant de la dette, les autres *supérieurs* ou *égaux* ; ainsi celui de *Primus* vaut 4,000 francs, celui de *Secundus* 2,000 francs, celui de *Tertius* 1,000 francs, celui de *Quartus* 500 francs. Le bénéfice qu'ils retirent du paiement effectué par l'un d'eux varie pour chacun ; pour *Primus* il est de 2,000 francs, pour *Secundus* également de 2,000 francs, pour *Tertius* de 1,000 francs, pour *Quartus* de 500 francs. *Primus* et *Secundus* devront donc payer chacun 727 fr. 27, *Tertius*, 363 fr. 63, *Quartus*, 181 fr. 81.

II

La question qui a retenu notre attention dans le paragraphe précédent, se pose aussi quand le tiers détenteur, subrogé aux droits du créancier, se trouve en face d'un *fidéjusseur* qui a cautionné la dette à la sûreté de laquelle son immeuble était hypothéqué : l'un et l'autre d'après l'article 1251-3° ont *un droit égal à la subrogation légale* ; devront-ils en raison de cette égalité dans les risques *répartir* le paiement de la dette entre eux suivant une proportion donnée, ou bien au contraire, la subrogation au profit de l'un ne rencontre-t-elle dans la personne de l'autre aucun obstacle à *son complet développement* ? Tels sont les termes du conflit entre tiers détenteur et caution, conflit à la solution duquel le législateur n'a consacré aucun texte précis, et qu'il faut

chercher à dénouer par la comparaison avec les décisions données dans des cas analogues, où ces deux catégories de personnes se retrouvent en présence.

D'après Pothier, le tiers détenteur pouvait autrefois renvoyer le créancier hypothécaire qui l'actionnait le premier, discuter les biens de la caution; ceci créait à son profit une situation privilégiée qui le mettait à même, dans le cas où il avait acquitté la dette sans opposer le bénéfice de discussion, d'exercer les actions du créancier dans leur *intégralité* contre la caution. Toutefois, et nous l'avons déjà fait remarquer, cette décision était *en contradiction flagrante* avec une autre décision du même auteur, d'après laquelle la caution pouvait refuser de payer le créancier, en alléguant que, par la décharge de toute hypothèque qu'il avait opérée sur l'immeuble détenu par un tiers acquéreur, il avait rendu impossible le recours que la subrogation lui donnait contre celui-ci. La valeur de cette décision comme argument historique n'est par suite que toute relative.

De nos jours, M. Troplong a essayé d'interpréter l'article 2170 dans le même sens, mais on peut dire que son argumentation a échoué devant les termes formels de ce texte et qu'elle a été rejetée par la majorité des auteurs. Le bénéfice de discussion des articles 2170 et 2171 ne crée donc pas au profit du tiers détenteur un titre de supériorité à l'égard de la caution.

On a aussi cherché à tirer argument en faveur du tiers détenteur contre la caution de l'article 2023 *in fine*. Parlant du bénéfice de la caution, cet article porte qu'elle ne pourra pas renvoyer le créancier discuter les biens

hypothèques à la dette *qui ne sont plus en la possession du débiteur*; que conclure de là sinon que, comparée au tiers détenteur de ces biens, la caution est dans une situation *inférieure*, puisque leur aliénation par le débiteur supprime pour elle la faculté d'en opposer *la discussion*, et que par conséquent, le fardeau de la dette doit être supporté par la caution, *avant de l'être par le tiers détenteur* ?

Du reste, continuent les partisans de ce système, cette conception peut facilement se concilier avec les dispositions de l'article 2037, qui supposent la subrogation de la *caution* dans les droits d'hypothèques du créancier, il n'y a pour cela qu'à les envisager comme ne visant que les hypothèques grevant les biens restés *entre les mains du débiteur seulement*; sous cet aspect, ce texte aurait pour but d'établir une déchéance contre le créancier qui empêcherait la subrogation de la caution dans ses droits d'hypothèques *sur ces biens, mais non sur ceux qui ont été aliénés par le débiteur*.

Une telle interprétation de l'article 2037 nous semble ne pas tenir compte des termes généraux de ce texte : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.* » Rien dans cette rédaction, ne met en relief la distinction que l'on cherche à faire au point de vue de la subrogation de la caution, entre le *droit de préférence* et le *droit de suite* du créancier, celui-ci n'encourant de déchéance que *s'il dispose du premier*. Pourquoi du reste le législateur l'aurait-il faite? est il raisonnable

de penser que, lors de son engagement, la caution ait stipulé même implicitement du créancier l'obligation de conserver l'un sans conserver l'autre.

Si, comme nous le croyons, ces raisons prévalent aussi bien au point de vue de la lettre de la loi que de son esprit, la conciliation n'est pas possible entre l'article 2037 et la subrogation du tiers détenteur contre la caution, et, sous peine d'accuser le législateur d'être retombé dans l'erreur commise par Pothier, il ne faut pas maintenir l'interprétation de l'article 2033 dans le sens que nous avons indiqué tout à l'heure.

La discussion qui précéda l'adoption de cet article nous y invite d'ailleurs, car elle nous montre que les intentions des législateurs étaient toutes différentes de celles qu'on leur prête dans cette opinion, et qu'ils n'avaient aucunement l'arrière-pensée d'affirmer la *supériorité du tiers détenteur sur la caution*, en soustrayant à la discussion les biens « *hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.* » Quand on arriva à la question de savoir s'il fallait accorder à la caution le droit de faire discuter *tant les tiers détenteurs que le débiteur*, le tribun Goupil soutint l'affirmative : « Qu'importe, dit-il, que les biens hypothéqués soient encore possédés *par le débiteur* ou qu'ils le soient *par un tiers* ? Sans l'hypothèque, *la caution n'aurait pas consenti à l'obligation à laquelle elle s'est soumise* ; elle ne peut être privée du bénéfice de discussion par un acte qui est le fait d'autrui... Le créancier et la caution qui ne s'est obligée *qu'en considération de l'hypothèque*, ne peuvent pas empêcher le débiteur d'aliéner les biens

hypothéqués ; mais cette aliénation ne leur préjudicie point, s'ils ont pris les soins convenables pour conserver *leur hypothèque*. » Les partisans de l'opinion contraire ne contestaient pas cette doctrine, mais ils étaient mus par d'autres considérations tirées du préjudice que souffrirait le créancier d'une discussion *trop longue et trop difficile* : « N'aurait-il pas, disait M. Chabot, qui répondit à M. Goupil, des contestations sans nombre à soutenir et avec le détenteur et avec les créanciers ? des demandes en désistement, des instances d'ordre ; ne sont-ce pas là des procès ? Et pourquoi forcera-t-on le créancier à subir toutes ces longueurs et tous ces désagrémens pour les intérêts de la caution ? (1) »

Dans l'esprit de ses rédacteurs, la disposition de l'article 2023 *in fine* n'était donc pas un signe de *dépendance* de la caution à l'égard du tiers détenteur. Le désaccord qui régnait entre eux, portait exclusivement sur le point de savoir s'il convenait, dans l'intérêt de la caution, de faire supporter au créancier une discussion rendue plus difficile par l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, et s'ils se sont prononcés pour la *négative*, c'est en vertu de ce principe que nous avons vu dominer la théorie de l'exception de discussion, à savoir qu'elle est un *bénéfice* accordé au tiers détenteur ou à la caution, parce qu'elle leur est utile et qu'elle ne nuit pas au créancier : *Quod tibi non nocet et alteri prodest...* et qu'elle a par conséquent pour limite l'intérêt de celui-ci.

(1) Fenet, XV. p. 66 et s.

Il ressort de toute cette discussion que, si la subrogation de la caution aux actions du créancier contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette a été prévue et sanctionnée par un texte du code, l'article 2037, *nulle part il n'est question de la subrogation du tiers détenteur aux droits du créancier contre la caution.*

Un tel état de choses s'explique. Que promet en effet la personne qui se porte caution d'une dette hypothécaire? Elle garantit l'exécution complète de l'obligation, qu'on y recoure *par l'action personnelle ou par l'action réelle*. Elle cautionne l'obligation personnelle du débiteur *en tant que débiteur*, aussi bien que son obligation réelle *en tant que possesseur du bien hypothéqué*; si par la suite l'obligation réelle passe par le fait du débiteur entre les mains d'un tiers avec l'immeuble, qu'importe? le recours que la caution aurait eu, n'en doit pas subir d'atteinte, d'autant plus que le tiers détenteur avait dans la *purge* un moyen d'éviter ce recours. D'autre part que le créancier soit payé avec l'argent provenant de la vente d'un immeuble hypothéqué saisi sur le débiteur, ou qu'il le soit avec l'argent provenant de la vente d'un immeuble hypothéqué saisi sur un tiers détenteur, la dette a été payée *de la manière qu'elle devait l'être et comme la caution a garanti qu'elle le serait*, par suite elle est complètement *déchargée* puisque son obligation de garantie n'a plus de cause: la subrogation ne peut s'accomplir au profit de ce tiers détenteur contre elle, car l'action du créancier contre elle, que la subrogation donnerait au tiers détenteur, était soumise à la condition

résolutoire, maintenant réalisée, de l'exercice utile soit de l'action personnelle, soit de l'action hypothécaire.

Pour ces motifs, la prépondérance de la caution sur le tiers détenteur ne se conçoit que dans les cas où son engagement est *postérieur* à la naissance de l'hypothèque. Les hypothèques que le débiteur a constituées pour la sûreté du créancier *après l'engagement de la caution*, profitent à celle-ci tant que les immeubles qui en sont grevés sont encore *entre les mains du débiteur*. Une fois qu'ils sont aliénés, la caution se trouve en présence de tiers détenteurs, soumis comme elle à la même éventualité de poursuite, et, ayant un droit égal à la subrogation dans les droits du créancier. On retombe alors sous l'empire de la règle admise dans le cas où le tiers détenteur subrogé se trouve en face d'un autre tiers détenteur ; que l'action ait été dirigée contre la caution ou contre le tiers détenteur, la subrogation dans les droits du créancier ne lui profitera que pour *une partie de la dette*, puisqu'il doit supporter l'autre partie. La répartition se fera entre eux d'après les mêmes principes qu'entre détenteurs, c'est-à-dire que chacun devra contribuer à la dette *en proportion du bénéfice qu'il retire du paiement* : si donc la valeur de l'immeuble est *égale* ou *supérieure* au montant de la dette, la répartition se fera *d'une façon égale* ; si la valeur de l'immeuble est *inférieure* au montant de la dette, le tiers détenteur ne devra payer *qu'en proportion de cette valeur*.

III

L'examen du conflit qui peut survenir à propos de

la subrogation entre tiers détenteur et caution, nous amène à prévoir le cas où celui qui a acquitté la dette hypothécaire, est une *caution réelle* ayant hypothéqué son bien à la sûreté de la dette d'autrui. Déjà, à propos du bénéfice de discussion, nous avons vu les *différences* qui séparent la situation du *tiers acquéreur* de celle de la *caution réelle* ; nous avons dit alors que, si la caution réelle se rapproche du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué par le débiteur, *par la manière dont il est tenu*, son obligation, *quant à son origine et à son but*, se rattache à celle qui dérive d'un *cautionnement*, et que les règles de ce dernier contrat doivent de préférence être appliquées. Ces principes vont donc nous faciliter grandement la solution du conflit qui peut se présenter soit entre *caution réelle* et *caution personnelle*, soit entre *caution réelle* et *tiers détenteur*.

Dans les rapports de la *caution réelle* avec la *caution personnelle* il faudra appliquer la règle établie par l'article 2033 paragraphe 1, entre *cofidéjusseurs*, puisqu'elles sont sur le pied d'égalité : « *Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion* ». La dette se répartira donc entre elles suivant la proportion que nous avons indiquée dans le paragraphe précédent, quand la caution personnelle se trouve en présence du tiers détenteur d'un immeuble grevé d'une hypothèque postérieure à son engagement. Remarquons en passant que la répartition s'impose d'autant plus, que l'on ne peut pas dire de la *caution réelle*, comme on l'a dit du

tiers détenteur, qu'elle doit, en subissant le recours intégral de la caution personnelle subrogée, supporter les conséquences de sa *négligence à purger*, puisque précisément on lui interdit généralement cette faculté (1).

Quand le conflit se produit entre la *caution réelle* et le *tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué à la même dette*, il n'y a lieu à répartition entre eux du paiement que si l'engagement de la caution est *antérieur à la constitution de l'hypothèque* : en affectant son bien à la garantie de la dette, la *caution réelle* a dû en effet *avoir en vue les sûretés hypothécaires* qui la garantissaient déjà, et compter qu'en cas de subrogation, elle pourrait en profiter dans les mêmes conditions que la *caution personnelle*.

IV

Nous avons à étudier maintenant l'effet de la subrogation du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, dans les droits du créancier contre les débiteurs *qui sont tenus solidairement de la même obligation*. L'hypothèse se présente dans les termes suivants : l'un des codébiteurs solidaires a, en outre, donné comme garantie du paiement de la dette, *une hypothèque sur son immeuble* ; un *tiers* acquiert ensuite cet immeuble, et à l'échéance, sur la poursuite du créancier, *il est obligé de payer*, le voilà donc *subrogé* aux actions de celui-ci, parmi lesquelles il trouve l'action *solidaire* contre les

(1) V. *supra* p. 23 et 179.

codébiteurs, pourra-t-il l'exercer comme le créancier, *et demander le tout à chacun*, ou au contraire, devra-il *diviser son recours* et supporter lui-même une partie de la dette, pour cette raison *qu'il est sur le pied d'égalité avec ses codébiteurs au point de vue de la subrogation ?*

L'engagement solidaire d'un débiteur peut cacher un *cautionnement au profit de l'autre codébiteur*, comme aussi il se peut que les deux ou plusieurs codébiteurs solidaires soient tenus au même titre et *principalement* de la dette entre eux ; il convient d'examiner la situation faite au tiers détenteur dans ces deux espèces.

I. *Primus* veut emprunter une certaine somme ; il s'adresse à Pierre, qui exige l'engagement *solidaire* de deux autres personnes, *Secundus* et *Tertius*, plus une *hypothèque* sur le fonds A appartenant à *Primus*. — *Secundus* et *Tertius* jouent donc le rôle de *cautions solidaires* ; à l'égard de Pierre le créancier, ils sont bien sur le même rang que *Primus*, tenus comme lui *pour la totalité de la dette*, et *débiteurs principaux* ne pouvant lui opposer ni le bénéfice de division, ni le bénéfice de discussion ; à l'égard de *Primus* au contraire, ils sont des *débiteurs accessoires* ; lui seul, en définitive doit supporter *toute la dette*. Supposons maintenant que l'immeuble A soit vendu par *Primus* à *Quartus* qui, actionné hypothécairement à l'échéance par le créancier, acquitte le montant de la dette ; contre *Primus* certainement il est subrogé *pour le tout*, mais si celui-ci est *insolvable*, que pourra-t-il réclamer à *Secundus* et à *Tertius*. La réponse à cette question dépend de la situation dans laquelle sont placés les codébiteurs solidaires *par rapport au*

tiers détenteur, sont-ils des débiteurs *principaux* ou des débiteurs *accessoires*? des *codébiteurs solidaires* ou des *cautions*?

Par son acquisition le tiers détenteur est *l'ayant-cause du débiteur*, par la subrogation il est *l'ayant-cause du créancier*. Sous le premier point de vue, *Secundus* et *Tertius* sont pour lui de simples *cautions*, des débiteurs *accessoires*; sous le second point de vue, ils sont des débiteurs *principaux* tenus aussi rigoureusement que *Primus*. Mais nous avons déjà vu à l'occasion des rapports entre tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette, que la subrogation n'avait pas pour effet de *substituer complètement la personne du créancier à la personne du subrogé*, mais seulement de lui conférer toutes les actions et sûretés du créancier, *dans la mesure où elles sont compatibles avec sa qualité antérieure* (1); l'application de ce principe à notre hypothèse, a pour effet d'obliger le tiers détenteur à se considérer, malgré la subrogation, comme *l'ayant cause du débiteur*, et par conséquent, à ne voir dans *Secundus* et *Tertius* que de simples *cautions*.

On retombe alors dans le conflit entre tiers détenteur et caution. L'hypothèque est-elle *antérieure* à l'engagement des autres codébiteurs solidaires? elle a pu en ce cas *influer sur leur décision*, ils ont compté pouvoir exercer cette sûreté le jour où *Primus* serait devenu insolvable; l'insolvabilité du débiteur doit donc retomber sur le *tiers détenteur*, sans participation de *Secundus* et de *Tertius*; la subrogation du tiers détenteur aux

(1) V. *supra* p. 200.

droits du créancier est inopérante. L'hypothèque est-elle *postérieure* à l'engagement des codébiteurs solidaires ? elle est restée *en dehors de leurs calculs* et n'a pu exercer d'influence sur leur décision ; le tiers détenteur et les codébiteurs solidaires sont dans une situation *égale*, ils doivent supporter ensemble l'insolvabilité du débiteur.

II. Une somme de 3,000 francs est due *solidairement* par *Primus, Secundus, Tertius* : entre eux, elle se divise par tiers, chacun est *véritable et principal débiteur* de 1,000 francs et joue le rôle de *caution* des autres pour 2,000 francs. Une hypothèque a été constituée pour la même dette par *Primus* sur son fonds A qu'il vend ensuite à *Quartus*. Le créancier à l'échéance, poursuit celui-ci, qui, en payant, est subrogé dans les actions du créancier contre *Primus, Secundus* et *Tertius* ; en supposant que *Primus* et *Secundus* soient devenus insolvable, *Quartus* réclamera tout d'abord à *Tertius* le remboursement des 1,000 francs dont il est débiteur *principal* ; quant aux 2,000 francs restants, ils devront être supportés par lui et par *Tertius*, d'après les mêmes règles que nous avons appliquées *dans les rapports de la caution et du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la même dette*.

CHAPITRE IX

DU RÔLE PÉREMPTOIRE DE L'EXCEPTION DE CESSIION D'ACTIONS

On désigne aujourd'hui sous le nom d'*exception de cession d'actions*, le moyen de défense établi par l'article 2037 au profit de la caution, en vertu duquel, elle repousse *péremptoirement* l'action du créancier, en alléguant que la subrogation dans les droits du créancier ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer efficacement en sa faveur.

Les actes du créancier qui tombent ainsi sous le coup de cette sanction peuvent être soit des faits actifs, comme une mainlevée d'hypothèque (1), la déchargé d'une caution (2); la perte d'un objet soumis à un privilège fondé sur la possession, ou à un droit de rétention (3); soit des faits passifs, comme l'omission de renouveler une inscription, la vente à vil prix des valeurs qui lui avaient été données en nantissement (4), etc.

(1) Orléans, 11 août 1893. *Gaz. du Pal.* 93, II, 329. Guillouard, *Cautionnement* n° 234 et 238.

(2) Guillouard, *ibid.* n° 288.

(3) Cass. 8 août 1872. S. 72, I, 425. D. 72, I, 240. Guillouard, *ibid.* n° 235, 238.

(4) Paris 14 février 1894. *Gaz. des Trib.*, 19 août 1894.

Quoiqu'il en soit de ces actes dans le détail desquels nous n'avons pas à entrer, la *similitude* qui, sur bien des points, existe entre la situation de la caution et celle du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, a fait naître la question de savoir si l'exception de cession d'actions sous cette seconde forme n'existe pas *au profit de ce dernier*.

En droit romain, la loi 95 § 11 *De solutionibus*, D., la consacrait pour le *mandator pecuniæ credendæ*. Elle rentrait alors dans la classe des *exceptiones non adimpleti contractûs*: elle supposait que le créancier et celui qui voulait cautionner la dette, étaient liés l'un à l'autre en vertu d'une convention synallagmatique, un *mandatum pecuniæ credendæ*, par lequel ce dernier donnait au créancier mandat de traiter avec le débiteur principal. Au moyen de cette combinaison qui, en prenant la forme du mandat, en empruntait nécessairement le caractère de *bonne foi*, le *mandator*, d'une part, s'engageait à répondre des suites de l'opération, et d'autre part, le créancier jouant le rôle de mandataire, s'obligeait à lui conserver toutes ses actions *intactes*. Faute par celui-ci de remplir cette obligation, le *mandator* pouvait refuser de remplir la sienne, en opposant à son action *l'exception de cession d'actions*.

Ainsi envisagée comme sanction d'obligations *réci-proques* engendrées par une même cause, l'exception de cession d'actions ne pouvait se comprendre dans la *fidéjussion pure et simple*, contrat de droit strict où le fidéjusseur est *seul* à s'engager, et où le créancier n'a d'autre obligation que celle qui résulte pour chacun, en

dehors de toute convention, de *s'abstenir de tout dol* ; cette obligation a bien pour effet de le contraindre, sur la demande du fidéjusseur, à céder les actions qu'il a encore, et même celles qu'il a cessé de posséder par dol, mais elle ne saurait aller plus loin, et lui imposer de *conserver ses actions en vue d'y subroger le fidéjusseur*.

S'il en était ainsi dans les rapports du créancier avec le *fidéjusseur*, à plus forte raison devait-il en être de même, dans ses rapports avec le *tiers détenteur* d'un immeuble grevé à son profit d'une hypothèque, puisque aucune relation *contractuelle*, susceptible d'engendrer des obligations *récioproques*, n'avait existé entre eux.

D'après M. Troplong (1) l'introduction du *bénéfice de discussion* dans la législation eut pour effet de donner à l'exception de cession d'actions une portée beaucoup plus grande. « Poursuivi par le créancier, le fidéjusseur eut le droit de lui dire : « Je veux qu'avant de recourir sur moi, vous discutiez le débiteur principal. » Et ce droit eut pour *conséquence nécessaire* de mettre le créancier dans l'obligation de *ne rien faire qui fût de nature à en priver le fidéjusseur directement ou indirectement*. Si un créancier eût pu par des conventions passées avec son débiteur se mettre dans l'impossibilité de lui rien demander, que serait devenue l'utilité de l'exception de discussion ?... Or dès l'instant que le créancier est tenu par l'effet irrésistible de la novelle de conserver son droit intact contre le débiteur principal, *il s'ensuit que lorsqu'arrive la cession d'actions, il ne lui*

(1) Troplong. *Cautionnement*, n° 533.

suffit plus de céder ses actions telles qu'elles ; il faut qu'il les cède *intactes*, afin que le fidéjusseur, mis à sa place par cette cession, trouve dans la discussion qu'il fait lui-même des facultés du débiteur, les ressources que le créancier y aurait trouvées s'il l'avait renvoyé à faire cette discussion ; le fidéjusseur qui consent à payer sans opposer le bénéfice de discussion, mais avec la réserve implicite de la cession des actions, ne saurait être de plus mauvaise condition quand il se contente de cette cession, que lorsqu'il renvoie le créancier à discuter le débiteur principal. »

Ces raisonnements basés sur la réforme introduite par Justinien dans la novelle IV sont, il faut le remarquer, applicables à la situation du *tiers détenteur* qui, en vertu de cette novelle (chap. 2), bénéficiait lui aussi de l'exception de discussion et pouvait même l'opposer contre les fidéjusseurs. Cette théorie par conséquent, tire du dernier état du droit romain, le droit pour le fidéjusseur et pour le tiers détenteur d'opposer l'exception de cession d'actions dans son rôle de moyen de défense péremptoire ; nous la reprendrons plus loin pour essayer de la combattre.

Dans notre ancienne jurisprudence, l'*exceptio cedendarum actionum* ainsi comprise, fut admise au profit des *fidéjusseurs simples*. Le fut-elle aussi au profit des *tiers détenteurs* ? Il semble bien que non au début, car Dumoulin soutenant l'opinion contraire dût aller contre la « *communis sententia* ». Se plaçant dans l'hypothèse où un créancier hypothécaire poursuit un tiers détenteur, tout en étant lui-même possesseur d'immeubles

affectés hypothécairement à la garantie de sa créance, il décide que l'exception *cedendarum actionum* lui est opposable par le tiers détenteur au cas où il voudrait libérer ses immeubles des hypothèques qui les grèvent ; il donne à cela deux raisons principales : 1° Le détenteur en acquérant l'un des héritages hypothéqués subit à son insu la charge de l'hypothèque, mais acquiert aussi à son insu le droit d'obtenir la cession d'actions sur l'autre héritage, droit que le créancier ne peut lui enlever ; 2° la position du créancier qui acquiert un immeuble de son débiteur, ne doit pas être meilleure que celle qui serait faite à un étranger dans le même cas ; si le second héritage avait été vendu à un étranger, le créancier agissant contre le détenteur du premier héritage eût dû céder ses actions contre cet étranger ; il doit donc les céder contre lui-même, autrement, colludant avec le débiteur il rendrait inefficace le bénéfice de cession (1).

A la vérité, ces arguments ne sont pas bien concluants. Dumoulin pose en règle ce qui précisément est en question, il affirme sans démontrer que le tiers détenteur a acquis, dès l'instant de son acquisition, le droit d'obtenir la cession complète des actions du créancier.

Néanmoins cette opinion fut suivie par Loyseau et par Pothier (2).

Du reste la question ne présentait pas alors l'importance qu'elle a aujourd'hui. Pour les auteurs tels que

{1} Dumoulin. *Tract. de Usuris, Quæst* 89, n° 680 et s.

{2} Loyseau. *Tr. du Déguerp.*, liv. 2, chap. 8, n° 15 et s. Pothier. *De l'Hyp.* ch. 2, art. 2, § 6, et *Introd. à la Cout. d'Orléans* XX, n° 42 et s.

Renusson, qui n'admettaient pas que la cession des actions au profit du tiers détenteur pût s'étendre aux sûretés du créancier *sur les autres immeubles* (1), elle ne se posait même pas, et pour les autres ils ne devaient guère s'en préoccuper, si on se rappelle ce que nous avons dit précédemment des acquisitions *successives et par actes authentiques* des immeubles d'un même débiteur grevés d'hypothèques pour sûreté d'une même dette ; le premier acquéreur n'avait pas besoin de la subrogation dans les droits du créancier, puisqu'il avait *comme garantie* une hypothèque générale sur tous les autres immeubles du vendeur ; d'autre part, le dernier acquéreur ne pouvait profiter de la subrogation dans les droits du créancier puisqu'il *garantissait* la possession des acquéreurs *précédents* (2).

Aujourd'hui que de tels obstacles ne paralysent plus la subrogation du tiers détenteur dans les droits du créancier, la question se pose dans toute son ampleur, d'autant que le législateur ne l'ayant pas résolue dans un texte précis, ne donne place qu'à un argument d'analogie tiré de l'article 2037 qui statue pour la caution.

Avant de nous demander s'il est suffisant, il est bon d'observer que, pour tomber sous le coup de l'article 2037, les actes du créancier doivent tout d'abord être *postérieurs* à l'acquisition faite par le tiers détenteur. Tant que les immeubles sont possédés par le *débiteur*, le créancier

(1) V. *supra* p. 186.

(2) V. *supra* p. 187, *in fine* et s.

est maître absolu de ses sûretés et de ses actions, comme elles n'intéressent que lui, il ne fait préjudice à personne en y renonçant. Au contraire, en renonçant à quelques-unes d'entre elles *depuis qu'un tiers est devenu possesseur de l'immeuble hypothéqué*, il fait un acte préjudiciable à cet acquéreur, qui, étant dans la nécessité de payer, a intérêt à ce que le créancier reste muni de toutes ses garanties afin de les acquérir, pour la sûreté de son recours, par la voie de la subrogation.

Le droit reconnu en cet article 2037 n'est susceptible d'être étendu de la caution au tiers détenteur qu'autant que pour l'un et pour l'autre on peut le faire dériver d'une *souche commune*.

D'après M. Troplong, il dérive du *bénéfice de discussion*; nous avons déjà donné une idée sommaire du raisonnement sur lequel il fonde sa thèse, nous y revenons pour le compléter et en bien préciser les termes et la portée. Le bénéfice de discussion, *par cela seul qu'il existe*, a pour *conséquence nécessaire* de mettre le créancier dans l'obligation de ne rien faire qui soit de nature à en priver le fidéjusseur directement ou indirectement : la preuve en est dans ce fait que, le jour où la novelle IV accorda le bénéfice de discussion au fidéjusseur, le créancier ne put plus passer avec le débiteur principal un pacte *de non petendo* personnel, en se réservant de poursuivre le fidéjusseur seul. Celui-ci à l'action du créancier put répondre : « Il ne dépend pas de vous, en passant des conventions avec le débiteur, de me priver du droit que m'accorde la novelle, de ne supporter le poids de votre action qu'après discussion des facultés du

débiteur principal. Le fait que vous avez renoncé à poursuivre celui-ci ne peut me priver du droit d'opposer le bénéfice de discussion. » Or, si le bénéfice de discussion engendre pour le créancier l'obligation de conserver intacts ses droits contre le débiteur, parce que le fidéjusseur a intérêt à ce qu'il les épuise avant de s'en prendre à lui, à *plus forte raison cette obligation lui incombe-t-elle pour le cas où le fidéjusseur, ayant renoncé au bénéfice de discussion, a acquitté la dette et veut, en vertu de la subrogation, exercer lui-même ses actions.* « Comme la novelle de Justinien a établi un ordre de poursuites favorable au fidéjusseur, un ordre de poursuites qui exige l'épuisement des facultés du débiteur avant d'arriver au fidéjusseur, on a été naturellement conduit à cette conclusion, savoir : que la volonté du créancier ne peut rendre impossible la discussion du patrimoine qui doit répondre en premier ordre et sauvegarder le fidéjusseur ; que le créancier n'est plus le maître d'abdiquer ou de négliger des droits dans lesquels la loi a entendu que le fidéjusseur trouverait un rempart ; qu'il doit, au contraire, les conserver intacts, moins pour lui-même qui, après tout, pourrait y renoncer s'il était seul, que *pour le fidéjusseur* dont autrement il sacrifierait la position. Et, dès lors, la cession d'actions, influencée par ce droit nouveau, a perdu une partie de son caractère primitif. Elle n'a plus été un simple *acte de bienfaisance et d'humanité*, une de ces libéralités sans conséquence qu'on accorde parce qu'on n'a pas d'intérêt à les refuser ; à l'obligation de céder ses actions, déjà consacrée par le droit ancien, est venue se joindre, de

par le droit nouveau, *l'obligation de les céder entières et conservées* (1). »

Telle serait, d'après cette opinion, la base du droit consacré dans l'article 2037, et comme cette base est *commune* au tiers détenteur et à la caution, ce droit profiterait à l'un comme à l'autre, *malgré le silence des textes relativement au tiers détenteur*.

Remarquons toutefois combien *restreints* seraient aujourd'hui les cas où celui-ci pourrait l'opposer, puisque le bénéfice de discussion n'existe à son profit que si l'hypothèque est générale, et s'il reste encore des immeubles hypothéqués à la dette entre les mains du principal obligé. On est par conséquent obligé dans ce système de n'accorder l'exception *cedendarum actionum* au tiers détenteur que dans des cas particuliers, exceptionnels, et de la lui refuser *en règle générale*.

Quoique la question soit réduite à ces proportions étroites, il nous faut examiner cette opinion et prendre parti pour ou contre.

Et d'abord, si la conséquence que cet auteur tire de l'introduction du bénéfice de discussion dans la législation romaine, à savoir l'obligation pour le créancier de ne rien faire qui pût entraver le droit pour le fidéjusseur d'opposer l'exception de discussion, paraît déjà exagérée pour l'époque, à plus forte raison doit-on la rejeter complètement aujourd'hui. Dans l'esprit du Code civil le bénéfice de discussion, son nom l'indique, apparaît comme une *faveur* de la loi au profit de la caution et du

(1) Troplong, *Cautionnement*, n° 534.

tiers détenteur, fondée sur la maxime : « *Quod tibi non nocet et alteri prodest...* » et comme ne pouvant être pour ceux à qui il est opposé, la source d'*obligations* bien onéreuses. Nous n'en voulons pour preuves que sa grande *fragilité*, puisqu'il doit être, sous peine de déchéance, opposé *sur les premières poursuites*, et aussi l'obligation pour celui qui l'invoque *d'avancer les frais, d'indiquer* les biens à discuter, etc., en un mot, toute la procédure du bénéfice de discussion.

D'autre part, considéré dans ses conséquences, le système de M. Troplong mène à des solutions abusives qui sont même en contradiction avec les textes. Si en effet, le droit d'opposer le bénéfice de discussion entraînait l'obligation pour le créancier de ne pas l'entraver, il faudrait interdire toute convention comportant *renonciation* de la part du bénéficiaire à l'exception de discussion, ce qui serait *contraire à l'article 2021 qui prévoit précisément la possibilité de cette renonciation*, il faudrait admettre *le refus de payer* de la caution alléguant que le créancier, en renonçant à l'hypothèque qui garantissait sa créance sur l'un des immeubles du débiteur, s'est mis dans la situation de ne pouvoir être colloqué à un bon rang parmi les créanciers du débiteur et l'a exposée, elle caution, à l'éventualité de combler le déficit et de ne pouvoir opposer efficacement son bénéfice de discussion ; il faudrait encore décider que, dans le cas où le tiers détenteur a le bénéfice de discussion des articles 2170 et 2171, le créancier ne pourrait *renoncer* aux hypothèques grevant les immeubles qui seraient encore *en la possession des débiteurs principaux*, ou bien ne pour-

rait *restreindre* son hypothèque générale, ni *la spécialiser*, cependant on ne peut admettre ce droit au profit du tiers détenteur qu'en cas de *fraude évidente* de la part du créancier.

A supposer d'ailleurs que le créancier soit tenu envers le bénéficiaire de l'exception de discussion, d'une obligation de cette nature, il faudrait encore établir d'une façon indiscutable, la *corrélation* entre cette obligation et l'obligation pour le créancier de conserver ses actions intactes en vue de la subrogation du tiers détenteur ou de la caution. M. Troplong conclut *a fortiori* de la première à la seconde (1), cependant la seconde est *plus compréhensive* que la première, elle s'étend à *tous les droits et actions du créancier*, aussi bien contre les débiteurs *principaux* que contre les débiteurs *accessoires*, tandis que l'autre ne comprend *que les actions personnelles ou réelles du créancier contre le débiteur principal*, puisque la discussion ne peut porter que sur les biens de celui-ci (art. 2023 et 2170). Tout argument *a fortiori* de celle-ci à celle-là est par là même rendu impossible : l'article 2023 *in fine* refuse à la caution le droit de faire discuter les biens hypothéqués à la dette *qui ne sont plus entre les mains du débiteur*, l'article 2037 lui accorde l'exception *cedendarum actionum même relativement à ces biens*, pourtant si cette dernière exception est la *conséquence* du bénéfice de discussion, comment comprendre qu'elle puisse être opposée *dans un cas où celle-ci ne pourrait l'être ?*

[1] Voir le texte précité de Troplong *supra* p. 218, 219, 223.

En résumé ce système, malgré l'autorité du jurisconsulte qui l'a si brillamment soutenu, nous paraît erroné dans son point de départ, faux dans son argumentation, et incompatible avec les textes du droit actuel ; pour ces raisons, nous ne pouvons y trouver un appui solide pour la théorie de l'extension de l'article 2037 au tiers détenteur.

Généralement d'ailleurs, les partisans de cette théorie ne se prévalent pas de cette argumentation ; ils se basent plutôt sur la *subrogation elle-même* qui a lieu maintenant de *plein droit* au profit du tiers détenteur. Ils raisonnent ainsi : dans les législations précédentes, le fidéjusseur et le détenteur actionnés par le créancier avaient le droit de se faire céder ses actions à la condition de les demander, sans que du reste on pût les leur refuser ; aujourd'hui la loi elle-même oblige le créancier à faire cette cession par cela seul que le fidéjusseur ou le tiers détenteur a payé sans même requérir la subrogation (art. 874 et 1251). Si donc le créancier s'est mis par son fait dans l'impossibilité d'opérer cette cession, les intéressés peuvent, par voie d'action, lui réclamer des dommages-intérêts, or, « *Qui habet actionem multo magis debet habere exceptionem* » ; pouvant agir par voie d'action en indemnité, en raison de ce préjudice, les intéressés peuvent évidemment agir par voie d'exception ; ils le feront lors de la poursuite personnelle ou hypothécaire du créancier, ils lui diront que la plus juste indemnité consiste à diminuer sa demande de la somme jusqu'à concurrence de laquelle il a rendu la subrogation dans ses droits inefficace.

Ce droit accordé par la loi au fidéjusseur et au tiers détenteur rentrerait dans la catégorie des avantages qu'elle leur accorde en raison du caractère *accessoire* de leurs obligations. Pour le tiers détenteur en particulier, il dériverait du même principe que le bénéfice de discussion, que la purge, le droit de délaisser, la prescription de dix ans de l'article 2180-4° al. 2, tous droits qui ne résultent pas *directement* de l'acquisition qu'il a faite de l'immeuble, mais qui lui sont accordés parce qu'il n'est obligé que *propter rem*, et pour éviter autant que possible que sur lui retombent tout le fardeau de la dette et le risque de l'insolvabilité du véritable débiteur. A l'égard de la subrogation, le législateur, suivant cette conception, aurait procédé de la même façon qu'à l'égard du bénéfice de discussion : pour celui-ci il a mis en parallèle, d'une part, l'indivisibilité du droit d'hypothèque et l'intérêt pour le créancier à l'invoquer, d'autre part la situation du tiers détenteur, obligé de payer alors qu'il y a cependant d'autres sûretés, et il a conclu en faveur de ce dernier. Pour la subrogation, il aurait mis en parallèle, d'une part le droit du créancier de disposer des sûretés qu'il a stipulées pour son propre compte, d'autre part le droit du tiers détenteur qui a payé, d'être subrogé, il se serait demandé de quel côté était l'intérêt le plus grand, il aurait conclu en faveur du détenteur, qui autrement, se serait vu à la merci des caprices du créancier et réduit souvent au seul recours contre le débiteur, et il aurait sacrifié le droit du créancier.

La cour de cassation, le 23 janvier 1815, a adopté

cette manière de voir, et son exemple a été suivi par plusieurs cours et tribunaux (1).

On peut dire qu'actuellement la valeur de cette argumentation est définitivement jugée. Un article de M. Dupret, inséré dans la *Revue Fœlix* de 1845, a contribué grandement à faire la lumière sur cette question dans un sens tout différent de celui admis jusque-là, et la doctrine et la jurisprudence se sont ralliées à ses conclusions (2).

Pour que l'opinion précédente repose sur une base solide, il faudrait que ses partisans prouvent que la subrogation du tiers détenteur aux actions du créancier produit *un effet antérieur* au paiement, de manière à influencer sur le droit du créancier de disposer de ses actions. Or, c'est une preuve qu'ils n'ont pas réussi à établir.

Il est vrai qu'ils pourraient être tentés de raisonner ainsi : alors que la subrogation légale n'existait pas au

(1) Poitiers, 18 juin 1838, D., *Rep.*, v° *Ct de Mariage*; Bastia 2 février 1846, D., 46, I, 109; Bastia 22 novembre 1847, D., 47, II, 213 (cassé par l'arrêt du 17 mars 1852 cité à la note suivante). Trib. de Villefranche, 7 février 1862, D., 64, I, 217; Angers, 10 mars 1841., D. *Rep.* v° *Priv. et hyp.*, n° 1976-1°.

(2) Mourlon, *Subrog.* p. 528; Pont, II. n° 372; Aubry et Rau, III. p. 724 et 725, § 287, note 30, et IV, p. 698, § 429, note 21; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et Hyp.* III, n° 2168; Planiol, II, n° 3219 et 3220; Cass. 2 décembre 1846, S. 47, I, 86; Cass. 17 mars 1852, D. 52, I, 97; Cass. 18 décembre 1854, D. 55, I, 34; Chambéry 31 août 1861; S. 62, II, 219; Caen, 26 novembre 1870, S. 71, II, 263, D. 73, II, 181; Bourges, 3 avril 1844, et sur pourvoi civ. rej. 22 décembre 1846, D. 47, I, 5; Aix 24 mai 1853. D. 54, I, 31; Alger 18 novembre 1887, *Rev. alg.* 1889, p. 206.

profit du tiers détenteur, il avait le droit, *par l'exception dilatoire de cession d'actions*, de se faire subroger dans les actions du créancier : si on analyse ce droit, on s'aperçoit qu'il dérivait en somme *d'une sorte de jus offerendæ pecuniæ*, et que la situation du tiers détenteur opposant cette exception, pouvait être comparée avec justesse à la situation *du créancier hypothécaire inférieur en rang qui désintéressait le premier créancier pour être subrogé dans son hypothèque* : par l'exception de cession, il faisait au créancier poursuivant *une offre de paiement* qui pouvait être considérée comme *le prix de la vente de ses actions*, et cette offre entraînait pour ce dernier *l'obligation de consentir à cette vente*. Aujourd'hui le *jus offerendæ pecuniæ* est contenu *implicitement* dans l'article 1251, puisque l'exception de cession, et partant l'offre de paiement, *est censée avoir été proposée dans tous les cas*. C'est ce *jus offerendæ pecuniæ* qui constituerait, d'après les partisans de cette théorie, *l'effet de la subrogation antérieur au payement*, et qui serait le *fondement* de l'obligation pour le créancier de conserver ses actions et sûretés pour en faire bénéficier le détenteur.

Il n'apparaît pas cependant qu'il faille reconnaître au *jus offerendæ* en général cet effet d'obliger *par avance* celui à qui il est opposé ; il présente plutôt le caractère d'une *simple faculté* fondée sur ce principe « *Quod tibi non nocet et alteri prodest...* »

Ce sont ces idées qui ont inspiré la cour de cassation dans un arrêt du 4 mars 1833 (S. 33. I. 421) à propos de l'espèce suivante : deux fonds, A et B, étaient grevés

d'une hypothèque *générale* au profit d'un créancier ; le débiteur avait ensuite constitué une hypothèque *spéciale* sur le fonds B au profit d'un second créancier que nous nommerons Pierre. La question était de savoir si le premier créancier pouvait, après avoir libéré le fonds A de son hypothèque, se faire colloquer sur le fonds B, bien qu'en agissant ainsi, il ait rendu impossible la collocation de Pierre sur cet immeuble. La cour de cassation a donné une réponse *affirmative* et a reconnu ce droit au premier créancier, *et cependant Pierre le deuxième créancier n'avait-il pas d'après l'article 1254-1° le jus offerendæ pecuniæ?*...

Si d'autre part, ce droit avait la portée que lui reconnaissent les partisans du système que nous combattons, le créancier *chirographaire*, qui en jouit d'après l'opinion générale, pourrait *réclamer des dommages-intérêts* au créancier hypothécaire qui, ayant disposé de ses sûretés, serait dans l'impossibilité de le subroger utilement dans ses droits au cas où il le désintéresserait. Voici le raisonnement que le créancier chirographaire tiendrait au créancier hypothécaire : « En devenant créancier, j'ai acquis à votre égard le *jus offerendæ*, et dès ce moment est née pour vous *l'obligation de conserver vos gages*, à l'effet de me les transmettre, lorsqu'il me plairait de vous payer. J'ai intérêt aujourd'hui à user de mon droit : vous aviez reçu en hypothèque pour votre créance de 10,000 francs, deux fonds, A et B, valant chacun 10,000 francs ; l'un de ces fonds, B, est grevé d'une hypothèque *spéciale* au profit de Pierre pour une somme de 10,000 francs ; je veux vous payer et exercer ensuite

votre droit *exclusivement* sur le fonds B, afin que le prix de l'immeuble A serve aux créanciers chirographaires, ou au moins je veux l'exercer *simultanément* sur les deux héritages, afin qu'il reste sur le prix du fonds A une somme de 5,000 francs, qui sera distribuée aux créanciers chirographaires. Or, vous avez renoncé à votre hypothèque sur le fonds B; par là vous avez rendu la position de Pierre meilleure, *mais vous avez empiré la mienne*, vous avez rendu *illusoire* mon *jus offerendi*, vous me devez donc des dommages-intérêts. »

Il répugne à la raison d'aller aussi loin, et cependant l'action en dommages-intérêts du créancier *chirographaire* ou du créancier à hypothèque *spéciale* serait *tout aussi légitime* que la prétention du *tiers détenteur* opposée par voie d'action ou par voie d'exception, puisqu'elle serait basée *sur le même droit*: c'est donc que l'on part d'un principe erroné.

D'un autre côté, l'obligation pour le créancier de conserver ses sûretés au profit du tiers détenteur subrogé est contraire à l'idée que nous nous sommes faite de la *subrogation*. Aux regards du créancier, celle-ci n'existe pas, il n'y a qu'une dette *éteinte*: la somme d'argent, qu'elle soit offerte par le tiers détenteur ou par le véritable débiteur, constitue le *paiement extinctif* de la dette; celle-ci ne peut revivre et avoir des effets *contre lui*, car la subrogation n'est qu'une *fiction qui n'existe qu'en faveur du tiers détenteur*. Ce sont ces idées, nous semble-t-il, que le Code a sanctionnées dans l'article 1252 qui refuse au subrogé *partiellement* le droit de *concourir* avec le créancier à l'action contre le débi-

teur; c'est en vertu de ces principes que l'on décide que le subrogeant ne doit pas *garantie* au subrogé pour les actions auxquelles celui-ci succède, et que la propriété de ces actions et de ces droits passe dans le patrimoine du subrogé sans qu'il soit nécessaire d'observer les formalités de l'article 1690.

Que le droit d'obliger le créancier à conserver ses actions soit reconnu par le législateur en faveur de la *caution*, cela se comprend, *parce qu'une convention est intervenue entre eux* : le cautionnement n'a plus aujourd'hui le caractère *unilatéral et de droit strict* du droit romain, il faut l'interpréter dans un sens conforme à l'équité et à l'intention des parties (1). Or, la caution a dû légitimement compter sur la subrogation dans les sûretés du créancier; avant de s'engager définitivement envers lui, elle a dû les prendre en considération, il n'est que juste dès lors qu'il soit tenu de les lui conserver. Cette obligation sera naturellement pour lui la *contre-partie* de son droit de la poursuivre, elle sera sanctionnée par une exception *non adimpleti contractus*; c'est du reste le seul moyen pour la caution, de sauve-

[1] « Tandis que le droit romain ne s'attachait qu'aux termes de la convention, la loi nouvelle recommande aux juges de rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes dont elles se sont servies (art. 1156). Ses propres décisions ne sont elles-mêmes que des règles interprétatives de la volonté des contractants, et, si elle déclare la caution déchargée lorsque la subrogation aux hypothèques et privilèges attachés à la créance est devenue impossible par le fait du créancier, c'est qu'elle présume que la caution n'a pas entendu garantir le créancier, même contre le dommage qu'il pourrait éprouver volontairement et par son propre fait. » Mourlon. *Subrogation*, p. 488.

garder ses intérêts contre les actes compromettants du créancier.

Entre le créancier et le tiers détenteur au contraire, *aucune convention, aucun accord* n'a pu intervenir. L'acquisition du tiers détenteur est pour le créancier, *res inter alios acta*, il n'a pas à souffrir d'un acte accompli par son débiteur, et l'on n'aperçoit *aucun germe d'obligation à sa charge*.

Qu'on ne reproche pas du reste à cette théorie de manquer d'équité à l'égard du détenteur, il avait *dans la purge* un moyen bien facile d'éviter la poursuite hypothécaire: si n'en ayant pas usé, il est menacé d'expropriation et exposé à être lésé, c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre, et il ne peut faire retomber les conséquences de sa négligence sur le créancier hypothécaire.

Ce que nous venons de dire ne s'applique néanmoins qu'au tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué *par le débiteur*. Si le *détenteur* a lui-même affecté son bien à la sûreté de la dette d'autrui, il convient d'appliquer les règles du *cautionnement* et parmi elles *l'article 2037* (1). Que la caution s'engage personnellement ou engage seulement son bien en le grevant d'une hypothèque, il n'en

(1) Mourlon. *Subrog.* p. 517; Bertauld, *De la Subrogation de l'hypothèque légale de la femme mariée.* n° 159; Aubry et Rau, IV, § 429, p. 697 et 698 texte et note 20; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Cautionnement*, n° 1187. Voir aussi *supra* p. 179. Il a été jugé cependant que l'article 2037 ne devait pas être étendu à la caution réelle: Cass. 25 novembre 1812, 10 août 1814. *D. Rep.*, v° *Cautionnement*, n° 31. Ces décisions sont en contradiction avec la décision rapportée *supra* p. 180 note 1 de la Cour de Bruxelles du 2 avril 1819.

est pas moins vrai que dans les deux cas, une *convention* est intervenue entre le créancier et la caution, convention qu'il faut interpréter sans distinction dans le sens que nous avons indiqué précédemment.

La solution que nous avons donnée à l'égard du tiers acquéreur s'applique lors même qu'il est entré en contact avec le créancier, soit que celui-ci lui ait fait la sommation de payer ou de délaisser, soit qu'il ait fait lui-même les offres à fin de purge. On ne peut voir dans ces actes la cause pour le créancier hypothécaire d'une obligation envers le détenteur de conserver ses actions.

Nous croyons cependant que cette obligation existe pour le créancier à partir du jour où il a accepté les offres de purge soit expressément, soit tacitement par l'expiration du délai de quarante jours, car il se forme alors entre lui et le tiers détenteur *un contrat judiciaire*. (Seine, 16 mai 1893, D. 93. II. 553). A partir de ce moment, il est juste de considérer le créancier *comme tenu de la même façon envers le tiers détenteur qu'envers une caution*. Lors donc qu'après avoir disposé de ses autres sûretés, il voudra exiger le paiement du prix offert, il pourra être repoussé par le tiers détenteur au moyen de l'exception *cedendarum actionum*.

Ainsi reste circonscrite *dans ces cas exceptionnels*, l'application de l'article 2037 au créancier poursuivant le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. En dehors de ces hypothèses, le créancier qui perd ses sûretés par son fait ou par sa négligence, ne viole aucun droit acquis, ni ne commet aucune faute. Sans doute en agissant ainsi, il porte préjudice au tiers détenteur, mais

l'exercice d'un droit n'oblige pas à réparer le dommage qu'il occasionne indirectement: « *Qui jure suo utitur neminem lædit.* »

CONCLUSION

L'exercice du droit de suite de l'hypothèque tend à un double résultat : dépouiller le possesseur de son immeuble, et faire acquitter la dette par quelqu'un qui n'y est obligé qu'accessoirement ; en d'autres termes, le tiers poursuivi hypothécairement est assimilable tout à la fois, *au possesseur d'un immeuble poursuivi par l'action en revendication et à la caution poursuivie par le créancier en vertu de l'action née du cautionnement.*

Le tiers détenteur doit-il bénéficier des *exceptions* qui correspondent à chacune des deux situations ?

En ce qui concerne les exceptions opposables à la *revendication*, l'exception de *garantie* et l'exception à *raison d'impenses ou droit de rétention*, notre réponse a été *affirmative*, et l'assimilation du tiers détenteur d'un

immeuble hypothéqué au possesseur poursuivi par la revendication nous a servi de guide dans deux questions douteuses à savoir : le caractère *indivisible* de l'exception de garantie et l'existence du *droit de rétention* au profit du tiers détenteur pour ses impenses.

Au contraire la situation du tiers détenteur contraint par l'action hypothécaire à acquiescer la dette d'un autre, ne nous a pas paru présenter une *analogie* avec celle de la caution, et nous avons vu que les exceptions dont j'ai relevé à l'ouverture du créancier, l'exception de discussion et l'exception de cession d'actions, ne se justifient au profit du tiers détenteur par des *raisons* tout à fait exceptionnelles.

La raison en est que les restrictions au droit du créancier qu'elles consacrent, affectent ce droit *dès sa naissance* : lorsque la caution s'est engagée, le créancier a su que son recours contre elle n'était que *subsiliaire* et subordonné à la conservation par lui des *sûretés* auxquelles elle pouvait être ou pour subroger par suite du paiement. Au contraire quand l'immeuble hypothéqué est saisi par le détenteur à un tiers, l'hypothèque n'est pas plus *susceptible* de recevoir des restrictions que lorsque le bien est saisi par le possesseur ou le détenteur, parce que précisément le *droit de suite* dont elle est investie la pénétré avec tous ses effets dans un patrimoine *étranger* à la dette. Le système ancien de la généralité et de la clandestinité des hypothèques a, il est vrai, contribué à établir un rapprochement entre la caution et le tiers détenteur ; les hypothèques étant par là rendues fort *ingraves*, on comprend que le législateur, en pre-

sence des droits exorbitants du créancier, ait songé à protéger le tiers détenteur en lui assurant le même traitement de faveur qu'à la caution. Il subsiste un vestige de cet état de choses dans le bénéfice de discussion des articles 2170, 2171 ; mais cette assimilation inexacte ne trouve plus dans les considérations précédentes sa justification et son excuse, aujourd'hui que le principe de la *spécialité* est admis, et que, grâce à la *publicité* des hypothèques, chacun sait à quoi il s'expose en acquérant un immeuble qui en est grevé.

D'ailleurs, notre législation présente dans la *purge* un moyen de concilier l'intérêt du tiers détenteur avec les droits du créancier hypothécaire, car, bien qu'elle ait pour effet d'éteindre la charge de l'hypothèque, les garanties dont elle est entourée, assurent à celui-ci le même résultat que s'il avait poussé la procédure jusqu'à l'expropriation forcée.

Nous avons d'autre part reconnu au profit de celui qui joue le rôle de *caution réelle*, le droit d'opposer les *exceptions de discussion et de cession d'actions* dans les mêmes limites que la caution *personnelle*. Lorsque la charge de l'hypothèque incombe à un patrimoine étranger personnellement à la dette, elle est susceptible à sa naissance de recevoir telles restrictions que le propriétaire de l'immeuble a en vue : comme la caution réelle se trouve dès le début *en relations directes* avec le créancier, elle peut régler avec lui les conditions de son engagement et en déterminer les limites ; or il est juste de penser que leur intention commune est de se référer aux principes du *cautionnement*. Celui qui engage son bien pour sûreté

d'une dette dont il n'est pas tenu personnellement, ne doit pas, à moins d'une clause formelle, être présumé abandonner par là les avantages procurés par l'article 2037 à ceux qui mettent leur solvabilité au service d'autrui.

VU :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU :

P. LOUIS-LUCAS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 16 mars 1902.

Le Recteur de l'Académie,

Ch. ADAM.

Correspondant de l'Institut.



ADDENDA

L'impression de la présente étude était terminée quand a paru le tome IV de la cinquième édition du *Cours de Droit civil français* de MM. Aubry et Rau, revue et mise au courant de la législation et de la Jurisprudence par MM. G. Rau et Ch. Falcimaigne avec la collaboration de M. Gault. Cette circonstance nous amène à modifier la référence de la page 459, note 2, dans les termes suivants : *Aubry et Rau*, IV, 5^{me} édition, § 301, p. 86 et 87, note 26.

Il n'y a pas lieu de modifier les autres références concernant le tome IV, car elles correspondent à des paragraphes (§ 355 et 429) qui n'ont pas trouvé place dans le tome IV de la nouvelle édition.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	7
INTRODUCTION.	9

PREMIÈRE PARTIE

Des Exceptions communes à l'action hypothécaire et aux autres actions réelles.

CHAPITRE I. — DE L'EXCEPTION DE GARANTIE	25
§ I. — De l'obligation de garantie en général.	26
§ II. — De l'application et des effets de l'exception de garantie opposée à la poursuite hypo- thécaire	29
§ III. — Du caractère divisible ou indivisible de l'exception de garantie.	33
CHAPITRE II. — DE L'EXCEPTION A RAISON D'IMPENSES. . .	57
§ I. — Historique. — En quels termes se présente aujourd'hui la question du droit de ré- tention du tiers détenteur	58
§ II. — Nature du droit conféré par l'article 2175 au tiers détenteur pour ses impenses et améliorations.	64
§ III. — De l'étendue du droit conféré au tiers détenteur sur les améliorations par l'article 2175.	94

DEUXIÈME PARTIE

Des exceptions qui appartiennent au tiers détenteur
d'un immeuble hypothéqué en tant qu'obligé acces-
soirement à la dette.

	Pages
CHAPITRE I. — DE L'EXCEPTION DE DISCUSSION . . .	105
§ I. — De l'exception de discussion en droit romain.	106
§ II. — Du bénéfice de discussion du tiers dé- tenteur dans l'ancien droit français.	117
§ III. — Du bénéfice de discussion sous la période intermédiaire	121
CHAPITRE II. — DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION DANS LE CODE CIVIL ; DES CRÉANCIERS AUX- QUELS IL EST OPPOSABLE.	123
CHAPITRE III. — DES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE DIS- CUTÉES.	141
CHAPITRE IV. — DES TIERS DÉTENTEURS QUI PEUVENT OPPOSER LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION.	148
CHAPITRE V. — PROCÉDURE ET EFFETS DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION. — APPRÉCIATION.	170
CHAPITRE VI. — DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION DE LA CAUTION RÉELLE	176
CHAPITRE VII. — DE L'EXCEPTION DE CESSIION D'ACTIONS.	181
§ I. — Du rôle suspensif et dilatoire de l'ex- ception de cession d'actions en droit romain.	182
§ II. — Du rôle suspensif et dilatoire de l'ex- ception de cession d'actions dans l'ancien droit français	185
CHAPITRE VIII. — DE L'ÉTENDUE DE LA SUBROGATION DU TIERS DÉTENTEUR SOUS LE CODE CIVIL.	193
CHAPITRE IX. — DU RÔLE PÉREMPTOIRE DE L'EXCEPTION DE CESSIION D'ACTIONS.	216
CONCLUSION.	237

